Die

pflichtwidrigen Schenkungen

nach gemeinem Recht

und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

Juristen-Facultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Carl Zarncke

Ortsdirigent in Dassow i. M.

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.

1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0066

Inhalt.

I. Gemeines Recht.

Seite

§ 1. Einleitung 5
§ 2. Die Natur der querela inofficiosae donationis 9
§ 3. Die Subjecte der querela inofficiosae donationis . . . 13
§ 4. Verletzung des Pflichttheils durch eine Schenkung unter Lebenden 22
§ 5. Verletzung des Pflichttheils 30
§ 6. Dolus des Schenkenden ist nicht erforderlich 40
§ 7. Ziel der querela inofficiosae donationis 46
§ 8. Ausschluss der querela inofficiosae donationis 63

II. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 9. Einleitung 70
§ 10. Berechtigte Personen 73
§ 11. Voraussetzungen des Anspruchs auf Ergänzung des Pflichttheils 82
§ 12. Verpflichtete Personen und Anspruch des Pflichttheilsberechtigten 90

I. Gemeines Recht.

§ 1.

Einleitung.

Die querela inofficiosae donationis, die Anfechtung pflichtwidriger Schenkungen, ist erst im dritten Jahrhundert nach Christi Geburt durch kaiserliche Constitutionen ausgebildet worden.

In der ältesten Zeit wurde das römische Recht von dem Princip beherrscht, dass Jedermann sowohl unter Lebenden als auch von Todeswegen vollkommen frei und ungehindert über sein gesammtes Vermögen verfügen könne, ohne dass er seinen nächsten Angehörigen etwas zu hinterlassen brauchte, wenn er nur den nach dem formellen Notherbenrechte bestehenden Vorschriften über die Enterbung genügte.

Dieser unbegrenzten Verfügungsfreiheit wurden jedoch in Bezug auf letztwillige Dispositionen bereits in der ersten Kaiserzeit, vielleicht auch schon früher, gewisse Schranken gesetzt, und zwar durch die Praxis des Centumviralgerichtshofs, zu dessen Competenz vornehmlich die Erbschaftsstreitigkeiten gehörten. Derselbe stellte nämlich die Fiction auf, dass ein Erblasser, welcher in seinem Testament gewisse, ihm besonders nahestehende Angehörige, seine sogenannten Notherben, nicht wenigstens mit dem 4. Theil ihrer Intestaterbportion bedachte, ohne dass dieselben ihm hiezu irgendwelchen Grund gegeben hätten, wegen der in seiner Verfügung liegenden hochgradigen Lieb-

losigkeit, zur Zeit der Errichtung des Testaments, wahnsinnig gewesen sein müsse. (L. 2 D. de inoff. testam. 5, 2). Auf diesem Umwege der Fiction eines color insaniae des Erblassers gelangte das Centumviralgericht dahin, auf die Beschwerde des durch dies Testament benachtheiligten Pflichttheilsberechtigten hin dasselbe als inofficiosum (non ex officio pietatis), als pflichtwidriges zu rescindiren und die Intestaterbfolge zu Gunsten des Beschwerdeführers eintreten zu lassen.

Dagegen blieb es auch in Zukunft noch Jedem unbenommen, durch Schenkungen unter Lebenden sein gesammtes Vermögen zu veräussern, und es konnten seine pflichttheilsberechtigten Angehörigen, welche nach seinem Tode nichts oder doch nur sehr wenig erhielten, nicht gegen den Beschenkten vorgehen.

Eine Beschränkung dieser schrankenlosen Verfügungsfreiheit bestand nur nach den Besonderheiten des patronatischen Pflichttheilsrecht für den Freigelassenen. Dieser durfte den seinem Patron zukommenden Pflichttheil, welcher in der Hälfte seines nicht an seine leiblichen Kinder fallenden Vermögens bestand, nicht doloser Weise durch Schenkungen oder onerose Veräusserungen, in denen eine Schenkung enthalten war (negotia mixta donatione) bei seinen Lebzeiten schmälern. Wenn er dies aber trotzdem that, so stand dem Patron gegen den Erwerber die actio Faviana und Calvisiana zu, die letztere, wenn der Freigelassene, ohne ein Testament zu machen, gestorben war, die erstere dagegen, wenn derselbe ein solches errichtet hatte. Es waren persönliche Klagen, deren Zweck es war, die Veräusserung soweit zu rescindiren, als dazu nothwendig war, dem Patron seinen Pflichttheil zu verschaffen.

Analog wurden diese Klagen als actiones Faviana et Calvisiana utiles zu Gunsten des impubes

arrogatus, welcher von seinem Arrogator ohne genügenden und richterlich gebilligten Grund emancipirt war und dadurch einen Anspruch auf die quarta Divi Pii erlangt hatte, ausgedehnt für den Fall, dass der Arrogator ihm seine Quart durch freigebige Zuwendungen unter Lebenden verkürzt hatte (L. 13 D. si quid in fraud patr. 38, 5).

Auf andere Pflichttheilsberechtigte jedoch hat eine analoge Ausdehnung dieser Klagen niemals stattgefunden und nicht einmal der parens manumissor, dessen Pflichttheilsrecht doch dem des Patrons entsprach, konnte Schenkungen, welche der Sohn bei Lebzeiten gemacht und dadurch den Pflichttheil des parens verkürzt hatte, rescindiren. (L. 2 D. si quis a par. manum. sit 37, 12). Also noch zur Zeit des Gajus, in der Mitte des 2. Jahrhunderts nach Christi Geburt erschien ein derartiger Eingriff in die Verfügungsfreiheit eines freigeborenen Menschen in Bezug auf sein Vermögen als etwas Unerhörtes.

Bei diesem Rechtszustande war es nur allzu natürlich, dass Diejenigen, welche ihren Angehörigen den Pflichttheil entziehen wollten um ihn anderen Personen zuzuwenden, welchen Zweck sie ja wegen der Testamentsquerel durch letztwillige Verfügung nicht erreichen konnten, ihr Vermögen ganz oder doch zum grössten Theile an Diejenigen, welchen sie dasselbe zugedacht hatten, bereits bei ihren Lebzeiten verschenkten, und man muss gestehen, dass hierin eine nicht minder grosse Lieblosigkeit gegen die Angehörigen zu erblicken ist, als wenn die Verkürzung des Pflichttheils durch eine letztwillige Verfügung geschehen wäre. Dieses in fraudem querelae inofficiosi agere war denn auch die äussere Veranlassung für die Einführung eines neuen Rechtsmittels, eben der querela inofficiosae donationis, und zwar geschah dieselbe durch Rescripte der Kaiser.

Die erste Spur der Anfechtung einer Schenkung unter Lebenden findet sich in einem, von Paulus angeführten, auf einen Bericht des praefectus urbi Claudianus Julianus ergangenen Rescripte des Kaisers Alexander Severus (222—235) in l. 87 § 3 D. de legat. II: „Imperator Alexander Augustus Claudiano Juliano praefecto urbi: si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id, quod donatum est pro dimidia parte revocari."

Ihre weitere Ausbildung hat die querela inofficiosae donationis dann durch eine Reihe von Rescripten verschiedener Kaiser erhalten, welche von Justinian in dem Codextitel 3, 29 „de inofficiosis donationibus" vereinigt worden sind. Das erste derselben ist vom Kaiser Philippus aus dem Jahre 245, die beiden folgenden von Valerianus und Gallienus aus den Jahren 256 und 257, sodann folgen 4 Rescripte von Diocletian und Maximian aus dem Jahre 286 und eins von denselben Kaisern aus dem Jahre 294; das letzte der in diesem Titel vereinigten Rescripte ist vom Kaiser Constantius im Jahre 361 erlassen. Schliesslich sind noch einige Novellen Justinians für die querela inofficiosae donationis von Bedeutung, vor Allem die No. 92.

Es soll nun noch ganz kurz auf die querelae inofficiosae dotis eingegangen werden, ein Rechtsmittel, welches den pflichttheilsberechtigten Erben für den Fall, dass der Erblasser sie durch die Bestellung einer übermässigen dos an ihrem Pflichttheil verkürzt hat, das Recht gewährt, die Dosbestellung gegenüber dem Empfänger anzufechten. Die einzige Quellenstelle für dies Rechtsmittel ist die l un. C. de inofficiosis dotibus 3, 30, ein Rescript des Kaisers Constantius, von welchem auch die l. 9 C. de inoff. don. herrührt, aus dem Jahre 358.

Wie sich schon aus der Stellung des Titels „de inofficiosis dotibus“ im Codex ergiebt, ist die querela inofficiosae dotis nur eine Abart der querela inofficiosae donationis. Denn wenn auch im Allgemeinen in der Dosbestellung keine Schenkung liegt (L. 19 D. de obl. et. act. 44, 7; l. 5 § 5 D. de doli mali except. 44, 4; l. 8 § 13 D. q. m. pign. solv. 20, 6; l. 21 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24, 1) so ist doch die Bestellung einer übermässigen dos einer übermässigen Schenkung sehr ähnlich. Aus diesem Grunde schliesst sich die querela inofficiosae dotis auch in allen Beziehungen an die querela inofficiosae donationis an, es gelten für diese beiden Rechtsmittel völlig gleiche Regeln. Es kann daher die Lex unica C. de inoff. dot. 3, 30 unbedenklich dazu benutzt werden, um aus derselben Schlüsse zu ziehen, welche sich auch für die querela inofficiosae donationis verwerthen lassen.

Seit den Glossatoren bis auf die neueste Zeit ist die querela inofficiosae donationis vielfach der Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung gewesen, und es hat sich im Laufe der Jahre eine ganze Reihe von Controversen herausgebildet, welche zum Theil noch bis heute unerledigt sind.

§ 2.

Die Natur der querela inofficiosae donationis.

In den Quellen wird die querela inofficiosae donationis bezeichnet als ein auxilium „ad similitudinem inofficiosi querelae“ (l. 2 C. h. t.), „ad instar inofficiosi testamenti“ (l. 4. 8 C. h. t.), in l. 1 C. h. t. wird gesagt, dass den Klägern „juxta formam super inofficioso testamento constitutorum“ geholfen werden solle, in l. 6 C. h. t., dass der praeses provinciae rücksichtlich der Unmässigkeit der Schenkungen seine Pflichten „ad exemplum inofficiosi testamenti“ erfüllen wird, ebenso soll nach L. un. C. de inoff. dot. 3, 30 die Befugniss ertheilt werden, gegen die

übermässige dos eine Klage „ad exemplum inofficiosi testamenti“ anzustellen. Ferner lautet die l. 9 C. h. t. „non convenit dubitari, quod immodicarum donationum querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.“ Alle diese Aussprüche der Quellen deuten darauf hin, dass die querela inofficiosae donationis nach Analogie der querela inofficiosi testamenti eingeführt worden ist, was ja auch als ganz natürlich erscheint, da, wie wir oben gesehen haben, die äussere Veranlassung für die Einführung unserer Klage der Umstand war, dass vielfach Diejenigen, welche ihren pflichttheilsberechtigten Angehörigen ihr Vermögen entziehen und es Fremden zuwenden wollten, um diesen Zweck auch wirklich zu erreichen, ohne befürchten zu müssen, dass ihre Absicht durch die querela inofficiosi testamenti vereitelt werde, diese Zuwendung schon bei ihren Lebzeiten machten, also in fraudem der Bestimmungen über Inofficiosität der Testamente handelten. Der Grund der beiden Klagen ist also derselbe, nämlich die in der Handlungsweise des Erblassers liegende grosse Lieblosigkeit gegen seine nächsten Angehörigen. Es ist daher auch leicht erklärlich, dass die querela inofficiosae donationis sich, soweit es irgend angängig ist, nach den Vorschriften über die Testamentsquerel richtet. Dennoch aber würde es verkehrt sein, wenn man, wie es manche gethan haben, beide Klagen rücksichtlich ihres Wesens und ihrer Wirkungen einander vollkommen gleichstellen wollte, da sich bei näherer Betrachtung eine erhebliche innere Verschiedenheit zwischen ihnen ergiebt.

Mag man die querela inofficiosi testamenti nach der früher herrschenden Ansicht für eine qualificirte Erbschaftsklage, hereditatis petitio ex causa inofficiosi testamenti, halten (so Glück 7 S. 360 ff., Francke

S. 253–255, Mayer Erbrecht § 87, Vangerow § 478, Brinz 2. Aufl. § 403), oder mag man mit Schröder (§ 47), Windscheid (§ 584 n. 13) und Dernburg (III § 147) der Meinung sein, dass diese Klage ein selbstständiges Rechtsmittel nach Art der in integrum restitutio sei, auf jeden Fall wird man zugeben müssen, dass sie keine gewöhnliche obligatorische Klage ist. Es wird mittelst derselben ein an sich gültiges Testament angefochten, der Beklagte ist in erster Linie der eingesetzte Erbe; der Kläger dagegen ist noch nicht Erbe, er ist vielmehr durch das Testament von der Erbschaft ausgeschlossen, hat aber ein Recht darauf, zur Erbschaft zugelassen zu werden. Seine Zulassung lässt sich aber nur durch die Rescission des Testaments erreichen und eine solche wurde erst dadurch möglich, dass das Gericht zu dem Hülfsmittel der Fiction des color insaniae des Erblassers griff. Die Rescission des Testaments aber führte die Intestaterbfolge zu Gunsten des Klägers mit Nothwendigkeit herbei.

Ganz anders verhält sich dies Alles dagegen bei der querela inofficiosae donationis. Es wird mittelst dieser nicht etwa ein Testament, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden angefochten, wobei es ganz gleichgültig ist, ob der Schenker ein Testament errichtet hat, oder nicht. (L. 3 C. h. t.). Der Kläger ist in den meisten Fällen der anerkannte Erbe, wenngleich auch solche Fälle denkbar sind, wo der Kläger nicht Erbe zu werden braucht, um die Klage anstellen zu können. Beklagter ist niemals der Erbe des Sckenkers als solcher, sondern immer der Singularsuccessor desselben. Auch fällt hier die Fiction des color insaniae des Schenkers fort. (Anderer Meinung Brinz § 405 S. 268). Von einem solchen ist in den Quellen nirgends die Rede, und zum Zwecke der Rescission eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden brauchte man nicht zu einem so

künstlichen Hülfsmittel seine Zuflucht zu nehmen, welches bei der querela inofficiosi testamenti erforderlich war, um einen Grund zur Rescission des Testaments zu haben. Mit der querela inofficiosae donationis wird nicht die Zulassung zur Erbfolge begehrt, sie hat zum Ziele die Beseitigung der Schenkung soweit, als nothwendig ist, um die Pflichtwidrigkeit der Schenknng aufzuheben, inofficiös ist aber die Schenkung nur soweit, als sie den Pflichttheil verkürzt. Dies alles berechtigt zu dem Schlusse, dass die querela inofficiosae donationis eine persönliche Klage ist, und dies ist auch die herrschende Ansicht. Hierauf deuten auch einzelne Aeusserungen unsrer Quellen hin, so in l. 87 D. § 3 de legat. II: „id quod donatum est pro dimidia parte revocari", ferner in § 4 ebenda: „ea quae donata sunt, revocari"; in l. 7 C. h. t.: „quod immoderate gestum est, revocabitur"; in l. 8 C. h. t.: „quod donatum est pro ratione quartae diminuetur" und endlich in No. 92 „omni modo necesse sit illis, fratribus inaequalitatem illam exaequare." Die hier gewählten Ausdrücke zeigen deutlich, dass die Kaiser bei der Einführung der querela inofficiosae donationis diese Klage als eine persönliche, auf Rescission der Schenkung gerichtete Klage aufgefasst haben. (Francke S. 500, 501, 532, Schröder S. 503—504, Koeppen, Erbrecht § 102, S. 677 Anm. 1). Wenn nun trotzdem einzelne, — so Glück 7 S. 175, Brinz 2. Aufl. § 405 S. 268 n. 52, — die querela inofficiosae donationis als eine qualificirte Erbschaftsklage aufgefasst haben, so beruht dies auf der schon von uns gerügten irrthümlichen Auffassung, dass eine völlige Gleichheit zwischen dieser Klage und der Testamentsquerel auch hinsichtlich der Natur beider Klagen stattfinden müsse.

In einer anderen Beziehung darf man dagegen auch eine gewisse Aehnlichkeit in der Natur dieser beiden Klagen unbedenklich annehmen, denn ebenso,

wie die querela inofficiosi testamenti den Charakter einer actio vindictam spirans hat (Arndts Pandecten § 104 Anm. 1; Dernburg III § 147 sub 2; Brinz 2. Aufl. § 404; Sintenis § 199 n. 21; Windscheid § 585 n. 8; Koeppen, Erbrecht § 91 S. 600 Anm. 5), muss man denselben auch der querela inofficiosae donationis zuerkennen. Denn hier wie dort ist durch die Handlungsweise des Erblassers des pflichttheilsberechtigten Klägers diesem eine Kränkung zugefügt worden, ebenso, wie die querela inofficiosi testamenti hat auch die querela inofficiosae donationis den Zweck, dem Verletzten für diese Kränkung eine persönliche Genugthuung zu gewähren. So auch Schröder S. 544—545, ferner die Erkenntnisse in Seuffert's Archiv 17, Nr. 76, (vom O. G. Wolffenbüttel 9. 16. Juni 1857) und 23, 233 (A. G. Celle vom 26. November 1869).

§ 3.

Die Subjecte der querela inofficiosae donationis

I. Nur solche Angehörige des Schenkers, welche demselben gegenüber einen Anspruch auf Hinterlassung des Pflichttheils haben, sind berechtigt zur Anstellung der querela inofficiosae donationis, wenn sie durch eine Schenkung, welche ihr Erblasser bei seinen Lebzeiten gemacht hat, in ihrem Pflichttheil verkürzt worden sind. Da die querela inofficiosae donationis nach Analogie der querela inofficiosi testamenti eingeführt ist und hier nicht der mindeste Grund vorliegt, in diesem Punkte den über diese Klage bestehenden Vorschriften nicht zu folgen, wird man die querela inofficiosae donationis auch denselben Personen geben müssen, welchen die querela inofficiosi testamenti zusteht, also den Descendenten, Ascendenten und Geschwistern. Die letzteren sind zwar in den Quellen nicht genannt, dies kommt aber nur daher, dass den Kaisern, welche in den Rescripten

nur auf ihnen vorgelegte Fälle hin entschieden, ein derartiger Fall nicht vorgelegen hat, und es ist nicht zu bezweifeln, dass sie vorkommenden Falls auch den Geschwistern die querela inofficiosae donationis gegeben haben würden.

Zunächst kommen die Descendenten in Betracht. Uneheliche Kinder haben einen Anspruch auf den Pflichttheil nur gegenüber ihrer Mutter und deren Ascendenten. Der minus plene adoptatus erlangt kein Pflichttheilsrecht gegenüber seinem Adoptivvater, dagegen besteht sein Pflichtheilsrecht in der mütterlichen Familie fort. (l. 10 C. de adopt. 8,47.)

Bestritten ist die Frage, ob der plene adoptatus, welcher Pflichtheilsrecht gegen seinen Adoptivvater erlangt, auch gegen seinen natürlichen Vater die Pflichttheilsberechtigung behält, oder ob dieselbe durch die Adoption verloren geht. Die herrschende Meinung (Vangerow § 474 Anm. 1. Arndts Rechtslexicon S. 122; Sintenis III § 139 Anm. 55, Glück VII S. 11, Francke S. 182 ff.) lässt den Adoptirten das Pflichtheilsrecht gegen den natürlichen Vater auf Grund der l. 10 C. de adopt. 8, 47 verlieren, doch möchten wir hier der von Windscheid (§ 579 n. 7) vertheidigten Ansicht folgen, nach welcher dem Adoptirten seit Einführung der Nov. 118 das Recht gewährt werden muss; denn durch diese Novelle, welche die cognatischen Verwandten ohne Unterschied berufe, müssten auch die in Adoption befindlichen Descendenten ihren natürlichen Vater in der ersten Klasse beerben, während sie ihn bis dahin regelmässig erst in der Klasse unde cognati beerbten; die l. 10 cit. spreche ihnen das Notherbenrecht dem natürlichen Vater gegenüber aber nur deswegen ab, weil sie das nöthige Intestaterbrecht der Adoptirten nicht anerkenne. Dieser Grund sei aber seit Nov. 118 fortgefallen. So auch Schröder § 33 S. 231 ff.

Die Adoption durch eine Frau begründet volles Kindesverhältniss (l. 5 C. de adopt. 8, 48: „eum provinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus), und dementsprechend auch Pflichtheilsrecht des Kindes gegen die Adoptivmutter (Windscheid § 579 n. 6).

Auch die Ascendenten haben gegen ihre Descendenten einen Anspruch auf Hinterlassung des Pflichttheils. Gegen uneheliche Kinder haben nur die Mutter und deren Ascendenten Pflichtheilsanspruch, gegen den minus plene adoptatus nur der natürliche Vater, nicht der Adoptivvater (l. 10 § 1 C. de adopt. 8, 48).

Gegen den plene adoptatus hat sowohl der Adoptivvater als der natürliche Vater Notherbenrecht (l. 30 D. de inoff. testam. 5, 2, cf. Windscheid § 579 n. 7; Schröder S. 244 ff; Vangerow § 474 sub 2 b; Mayer Erbrecht § 86 n. 7; Sintenis § 139 n. 55; Francke S. 188), doch wird dies von Dernburg III § 149 Anm. 4 und Arndt's im Rechtslexicon S. 122 auf Grund der l. 10 C. de adopt. 8, 47 für den natürlichen Vater geleugnet.

Die Frau, welche ein Kind adoptirt, erwirbt auch Notherbenrecht gegen dasselbe l. 5 C. de adopt. 8, 47, Windscheid § 579 n. 6).

Endlich haben auch Geschwister ein Notherbenrecht, aber nur vollbürtige Geschwistern und Halbgeschwister von des Vaters Seite, consanguinei, nicht dagegen Halbgeschwister von der Mutter Seite, uterini (l. 27 C. de inoff. testam. 3, 28). Dies Notherbenrecht verleiht auch den Geschwistern das Recht zur Anstellung der querela inofficiosae donationis, doch wird dies von Puchta § 491 Note c und von Arndts im Rechtslexicon S. 163 geleugnet, weil Geschwister nur ein bedingtes Notherbenrecht haben, aber mit Unrecht, die Folge dieses bedingten Notherbenrechts ist eben die, dass auch hier ihr Notherbenrecht nur

ein bedingtes ist und sie daher die querela inofficiosae donationis nur in dem Falle anstellen können, wenn die Schenkung an eine turpis persona gemacht worden ist.

Alle diese an sich pflichttheilsberechtigten Personen können aber nur dann die querela inofficiosae donationis anstellen, wenn sie im gegebenen Falle auch wirklich die nächsten Intestatberechtigten sind, gehen ihnen andere Intestatberechtigte vor, so haben sie auch kein Pflichttheilsrecht und infolgedessen auch nicht die querela inofficiosae donationis.

Nach der Ansicht von Mühlenbruch (36 S. 71) und Francke (S. 501, 517) soll ferner eine unbedingte Voraussetzung der querela inofficiosae donationis sein, dass der Kläger auch wirklich Erbe geworden sei. Der Kläger ist zwar der Nächstberechtigte zur Intestaterbfolge, aber die querela inofficiosae donationis ist keine hereditatis petitio, sondern eine persönliche Klage auf Rescission der Schenkung, es liegt daher eigentlich kein Grund vor, den Kläger unter allen Umständen dazu zu zwingen, Erbe zu werden, um die Klage anstellen zu können. Arndts im Rechtslexicon S. 164 spricht sich entschieden dagegen aus, dass der Kläger Erbe des Schenkers werden müsse, und auch Seuffert § 664 n. b. und Unger § 86 n. 7 sind dagegen. Diese Frage ist durchaus nicht ohne Bedeutung, denn es ist unter Umständen ein grosser Unterschied für den klagenden Notherben, ob er bei Anstellung der querela inofficiosae donationis Erbe sein muss oder nicht. Arndts hat im Rechtslexicon 8 S. 164 auseinandergesetzt, dass es im Fall einer überschuldeten Erbschaft für den Kläger weit nachtheiliger ist, wenn er Erbe werden muss. In diesem Falle können ihm nämlich die Gläubiger des Schenkers dasjenige, was er dem Beschenkten mit der querela inofficiosae donationis abgestritten hat, wieder entziehen und so kommt die Rescission der Schenkung

lediglich den Gläubigern zu Gute, während sie die Schenkung selbst, wenn sie nicht etwa in fraudem creditorum geschehen ist, resp. seit 1879 dem Anfechtungsgesetz unterliegt, nicht angreifen können.

Trotzdem wird der klageberechtigte Notherbe, worauf Schröder S. 505, 506 aufmerksam gemacht hat, in allen den Fällen, wo er, um den vollen Pflichttheil aus der Erbschaft selbst zu erlangen, hätte Erbe werden müssen, nicht umhin können, vor Anstellung der querela inofficiosae donationis Erbe zu werden, nicht etwa, weil die Erbenqualität eine Voraussetzung dieser Klage wäre, wohl aber weil der Beklagte dem Kläger, wenn er nicht Erbe geworden ist, mit Recht entgegenhalten kann, dass er durch die Schenkung gar nicht verletzt sei, da ihm der verschenkte Gegenstand ja auch entgangen sein würde, wenn derselbe in der Erbschaft geblieben wäre, weil er ja nicht Erbe geworden ist. Schröder führt hier nur 2 Fälle an, nämlich den, wo der Notherbe zum Erben eingesetzt ist und den, wo derselbe ohne alle Zuwendung von der Erbschaft ausgeschlossen ist. Der klagende Notherbe muss im ersten Fall, um den erwähnten Einwand zu vermeiden, die Erbschaft antreten, im 2. Fall aber muss er, wenn er Bruder oder Schwester des Schenkers ist, die querela inofficiosi testamenti, als Ascendent oder Descendent dagegen (seit der Nov. 115) die Nullitätsklage anstellen. Weiter gehört hierher aber auch noch der von Schröder gar nicht berücksichtigte Fall, wo der Schenker ohne Testament gestorben ist, ohne soviel zu hinterlassen, als der Pflichttheil des nun zur Intestaterbfolge berufenen Notherben beträgt; auch hier muss der klagende Notherbe, um den gedachten Einwand des Beschenkten zu vermeiden, die Erbschaft antreten; und endlich ist auch der Fall hierher zu rechnen, wo dem Notherben anders als durch Erbeseinsetzung eine Zu-

wendung auf den Pflichtheil gemacht ist, wenigstens, soweit es sich um Descendenten und Ascendenten handelt. Denn diese haben in einem solchen Falle nicht, wie Schröder annimmt, die actio suppletoria, sondern müssen, um ihren Pflichttheil aus der Erbschaft selbst zu erhalten, die Nullitätsklage anstellen; thun sie dies nicht, so kann der Beklagte ihnen auch jenen Einwand entgegenstellen. Nur Geschwister des Schenkers, denen anders als durch Erbeseinsetzung eine Zuwendung auf den Pflichttheil gemacht ist, würden, um aus der Erbschaft selbst ihren Pflichttheil zu erhalten, da auf sie die Bestimmungen der Novelle 115 keine Anwendung finden, die actio suppletoria anstellen müssen, während sie Erben gar nicht werden könnten. Daher können sie, auch wenn sie nicht Erben geworden sind, die Querel anstellen, ohne dass ihnen die beklagte turpis persona jenen Einwand entgegenhalten könnte.

Zu einer weiteren Streitfrage hat die l. 5 C. h. t. Veranlassung gegeben. Während früher die herrschende Meinung dahin ging, dass diese Constitution den nach der Vornahme der Schenkung geborenen Kindern ein Rückforderungsrecht einräume (so Glück 7 S. 167 ff; auch noch Arndts im Rechtslexicon VIII S. 163 Anm. 377 S. 169) finden die Neueren in dieser Stelle lediglich ein Recht des Schenkers selbst anerkannt, die Schenkung soweit rückgängig zu machen, als erforderlich ist, damit die nach der Vornahme derselben geborenen Kinder ihren Pflichttheil unverkürzt erhalten. Diese letztere Auslegung erscheint auch als die allein richtige, eine ganz unbefangene Betrachtung des Textes der l. 5 muss zu diesem Resultate führen. Offenbar sind die Worte der Constitution an den Vater selbst gerichtet, welchem, nachdem er sein ganzes Vermögen verschenkt hat, noch Kinder geboren worden sind. Wenngleich es sich hier um emancipirte Söhne

handelt, erscheint es unbedenklich, die l. 5 c. auch im Falle einer Schenkung an extranei anzuwenden, da es an jedem Grunde fehlt, die letzteren besser zu behandeln als jene. Die Worte: „id quod ad submovendas inofficiosi testamenti querelas non ingratis liberis relinqui necesse est, ad tuum patrimonium revertetur" können schwerlich anders verstanden werden, als dass dem Vater selbst gestattet sein soll, die Schenkung zurückzufordern Denn dass die nach der Schenkung geborenen Kinder bei seinen Lebzeiten das Rückforderungsrecht haben sollten, ist aus dem Grunde undenkbar, weil dieselben ja vor seinem Tode keinen Anspruch auf den Pflichttheil haben, und die Interpretation der l. 5 c. in der Weise, dass den Kindern das Recht gegeben werde, die Schenkung nach dem Tode des Schenkers zurückzufordern, ist ganz unmöglich; wenn die Kaiser dem Vater diesen Bescheid hätten ertheilen wollen, so würden sie schwerlich den Ausdruck gewählt haben: „in patrimonium tuum revertetur." Gar nichts beweist für die gegentheilige Ansicht, was Glück S. 169 sagt, dass dies Gesetz, wenn es von einer Schenkung zu verstehen wäre, welche der Donator selbst zu widerrufen befugt wäre, ohne Zweifel dem Codextitel „de revocandis donationibus" einverleibt worden wäre und hat dies bereits Mühlenbruch (S. 60) widerlegt. Verkehrt würde es allerdings sein, das dem Vater zuerkannte Rückforderungsrecht als eine querela inofficiosae donationis anzusehen, es ist vielmehr ein selbstständiges Recht, eine condictio ex lege. Schröder S. 510, Francke S. 517—519, Mühlenbruch S. 56—70, Koeppen, Erbrecht § 102, S. 678 Anm. 1.

Auch darf dieses Recht nicht mit der in l. 8 C. de revoc. don. dem Patron, welcher sein Vermögen oder einen Theil desselben zu einer Zeit, wo er noch keine Kinder hatte, an seine Freigelassenen ver-

schenkt hatte, für den Fall, dass ihm hinterher Kinder geboren werden, zugestandenen Befugniss, die ganze Schenkung zu widerrufen, in Verbindung gebracht werden, welche lediglich auf das patronatische Verhältniss zu beschränken ist. (Mühlenbruch 36 S. 61, 64, Francke 518—519, Schröder S. 514).

Der Schenker verliert übrigens dies ihm gegen den Beschenkten zustehende Widerrufsrecht wieder, wenn der nach der Schenkung geborene Notherbe nachträglich wieder stirbt, da ihm ja nur um dessenwillen dies Recht gegeben ist: „ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur."

Wenn wir nun auch in der l. 5 C. h. t. nur ein Widerrufsrecht des Vaters erkennen können, so halten wir es doch für durchaus angemessen, auch den nach der Schenkung geborenen Kindern ein Forderungsrecht gegen den Beschenkten einzuräumen, wenn der Vater von seinem Rückforderungsrecht keinen Gebrauch macht. Denn wenn dem Vater das Rückforderungsrecht zusteht, er es aber unterlässt, Gebrauch von demselben zu machen, so liegt in dieser Unterlassung eine grosse Lieblosigkeit, die das nachgeborene Kind zur querela inofficiosae donationis berechtigt. Ja, schon daran, dass Jemand bedeutende Schenkungen macht, obgleich er sich vorhalten muss, dass er noch sehr wohl einmal in die Lage kommen kann, Kinder zu bekommen, liegt eine Rücksichtslosigkeit gegen die allerdings noch nicht erzeugten Notherben, die man als Lieblosigkeit bezeichnen kann, daher sind dieselben später auch zur querela inofficiosae donationis berechtigt.

Für ein Anfechtungsrecht der nach der Schenkung geborenen Kinder sind Francke S. 519. Schröder S. 510; Mayer § 108 Anm. 1, Windscheid § 586 n. 3 b, Koeppen, Erbrecht § 102 S. 678 Anm. 1; gegen dasselbe Vngerow § 482 S. 280; auch Mühlenbruch,

36, S. 69 ist im Princip dagegen, nimmt aber an, dass es dem Richter, welcher hier die Billigkeit üben will, sowenig an Gründen, als an Autoritäten fehlen wird, um ihnen die Querel zu geben. Dagegen ist freilich auch das Erkenntniss des Oberappellationsgerichts Rostock von 1848 bei Buchka und Budde Bd. 1 S. 145, aber ohne Angabe von Gründen.

Es wird ferner auch noch der armen undotirten Wittwe, welcher Justinian in Nov. 53 c. 6 und Nov. 117 c. 5 einen Anspruch auf den 4. Theil des Vermögens ihres Ehemanns bis zum Höchstbetrage von 100 Pfund Gold, beim Vorhandensein von mehr als 3 Kindern aber nur auf einen Kindestheil gegeben hat, fast allgemein eine Klage nach Analogie der querela inofficiosae donationis gewährt für den Fall, dass der Ehemann die ihm zukommende Quart durch Zuwendungen unter Lebenden beeinträchtigt hat (so Mühlenbruch 36, S. 55, 56; Francke S. 503; Arndts im Rechtslexicon S. 163, Schröder S. 565; Sintenis § 200, Anm. 13; Windscheid § 593 n. 6) und diese analoge Ausdehnung ist ganz gerechtfertigt. Denn der Anspruch der Wittwe auf die Quart, mag man ihn auch für ein gesetzliches Vermächtniss halten, so Koeppen, Erbrecht § 98 S. 633 und § 105 S. 692, Windscheid § 574 n. 10 gegen Dernburg III § 137 sub 1 d u. e — was uns allerdings aus dem Grunde zweifelhaft erscheint, weil sie für die Schulden ihres Ehemannes bis zum Betrage ihrer Quart aufzukommen hat, da doch ein Vermächtnissnehmer sonst für Schulden der Erbschaft nicht haftet — ist jedenfalls ein unentziehbarer und hat zum mindesten grosse Aehnlichkeit mit dem wirklichen Notherbenrecht.

In gleicher Weise darf man endlich auch nach lübischem Güterrechte dem überlebenden Ehegatten, wenn seine portio statutaria durch Verfügungen beeinträchtigt ist, welche der verstorbene Ehegatte

bei Lebzeiten gemacht hat, eine der querela inofficiosae donationis analoge Klage gewähren (v. Buchka, das statutarische eheliche Güterrecht und Erbrecht in Mecklenburg, Mecklenb. Zeitschrift, Band 10 S. 340).

II. Die querela inofficiosae donationis geht nach der herrschenden Meinung, da sie eine persönliche Klage ist, nur gegen den Beschenkten und dessen Erben, dagegen nicht auch gegen den Singularsuccessor des Beschenkten. (Mühlenbruch 36, S. 70 ff; Arndts im Rechtslexicon VIII S. 164; Puchta § 491; Sintenis § 200 n. 13; Vangerow 482 I, 4; Windscheid § 586, n. 12; Dernburg III § 156 sub 2 b; Koeppen, Erbrecht § 102 S. 676 Anm. 7). Zwar nehmen Glück (7 S. 175) und Brinz (2. Aufl. § 405 n. 52) an, dass die Querel auch gegen den dritten Erwerber gehe, diese Annahme beruht aber auf der irrthümlichen Auffassung dieser Klage als einer dinglichen, einer qualificirten Erbschaftsklage.

§ 4.

Verletzung des Pflichttheils durch eine Schenkung unter Lebenden.

Nur dann kann der pflichttheilberechtigte Notherbe die querela inofficiosae donationis anstellen, wenn das Vermögen des Erblassers durch eine Schenkung, welche derselbe bei seinen Lebzeiten gemacht hat, eine solche Verminderung erfahren hat, dass der Pflichttheil, berechnet nach dem Vermögensstande zur Zeit der Schenkung verletzt ist.

Ist die Verkürzung durch einen Erbvertrag geschehen, so hat der Notherbe nicht die querela inofficiosae donationis, denn durch den Erbvertrag tritt Universalsuccession ein. Man ist sich zwar darüber vollkommen einig, dass dem Notherben auch durch Erbvertrag sein Pflichttheil nicht entzogen werden kann, aber über die Mittel, welche dem be-

einträchtigten Notherben gegen den Vertragserben zu gewähren sind, herrschen verschiedene Ansichten. Windscheid will in diesem Falle die gleichen Grundsätze eintreten lassen, wie bei der Verletzung des Pflichttheils durch ein Testament (§ 586 n. 1). In diesem Sinne entscheiden auch das Erkenntniss des OAGerichts Celle vom 12. April 1820 in Seuffert's Archiv 1 No. 89 und das Erkenntniss des OAGerichts Cassel vom 17. August 1866, ebenda 20 No. 147; das letztere nimmt indessen an, dass die Klage des Notherben, trotzdem sie die querela inofficiosi testamenti sei, sich dem Erbvertrage gegenüber auf Herausgabe des Pflichttheils beschränken müsse.

Da jedoch der Erbvertrag dem römischen Rechte fremd und vielmehr deutschrechtlichen Ursprungs ist, so erscheint es nicht angebracht, die Vorschriften der No. 115, welche verlangt, dass der Notherbe eingesetzt oder unter Angabe eines Grundes enterbt werde, auf Erbverträge auszudehnen. (So Dernburg III § 152 a. E., Schröder S. 500; Erkenntniss des OAGerichts Celle vom 20. October 1846, Seuffert's Archiv 4 No. 243 und Erkenntniss desselben Gerichts vom Jahre 1851 ebenda 5 No. 36). Es ist dem Notherben vielmehr eine Klage zu geben auf Ergänzung des Pflichttheils, bezw. wenn ihm gar nichts zugewendet ist, auf Auskehrung desselben. Auf diesem Standpunkte steht auch das Reichsgericht (Entscheidungen Bd. 11 S. 217). Dagegen ist die Annahme des OAGerichts Darmstadt im Erkenntniss vom 5. Januar 1842 (Seuffert's Archiv 4 No. 138) nicht zu billigen, dass hier die Grundsätze über die querela inofficiosae donatis geeignet seien, eine analoge Anwendung zu finden. (Vgl. auch Koeppen, Erbrecht § 102 S. 672 Anm. 5).

Auch wenn die Verletzung des Pflichttheils durch eine donatio mortis causa geschehen ist, findet unsere Querel keine Anwendung. Bis zur Erhöhung

des Pflichttheils durch die Nov. 18 betrug derselbe, gerade wie die Quarta Falcidia, ein Viertel der Intestaterbportion. Seit der Ausdehnung der lex Falcidia auf die mortis causa donationes durch Septimius Severus (l. 77 § 1 D. de legat II: l. 5, 18 C. ad leg. Falcid. 6, 50; l. 2 C. de mort. causa donat. 8, 56) hatte der Erbe, da die mortis causa donationes nun ebenso wie Vermächtnisse hinfällig wurden, soweit sie die Quart beschwerten, seinen Pflichttheil frei. Seitdem nun Justinian den Pflichttheil durch die Nov. 18 vergrössert und bestimmt hatte (durch die l. 32 C. de inoff. testam. 3, 28), dass Vermächtnisse, soweit sie den Pflichttheil schmälerten, ohne Weiteres wegfallen sollten, muss man, da die mortis causa donationes den Erben gegenüber, was die Verletzung des Notherbenrechts anlangt, wie aus den bei Windscheid § 676 n. 5 angeführten Stellen hervorgeht, ganz wie Vermächtnisse behandelt werden (so ausser Windscheid auch Dernburg III § 118, Schröder S. 502), und auch Justinian sie in § 1 J. de don. 2, 7: „hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia“ und in Nov. 87 pr.: „legatum eam (scil. donationem mortis causa) esse pure definivimus“ den Legaten möglichst gleichstellen wollte, annehmen, dass die oben erwähnte l. 32 C. de inoff. testam. 3, 28 sich auch auf die mortis causa donationes bezieht und dieselben, soweit sie den Pflichttheil verletzen, einfach nichtig sind. Demnach kann der Notherbe die mortis causa donationes verhältnissmässig verkürzen und kann, wenn der mortis causa donatus bereits im Besitze des geschenkten Gegenstandes ist, gegen denselben mit der rei vindicatio bezw. mit der condictio sine causa vorgehen. (Francke S. 535 ff., Vangerow § 482 I, 1, Glück 7 S. 179 ff., Mühlenbruch 36, 138; Mayer § 108 n. 3, Windscheid § 586 n. 1, Koeppen, Erbrecht § 102 S. 672 Anm. 5).

Als mortis causa donationes sind auch Schenkungen zwischen Ehegatten anzusehen, da dieselben an sich ungültig sind und erst durch den Tod des schenkenden Ehegatten convalesciren (l. 3, l. 10 C. de don. i. v. e. n. 5, 16; l. 32 pr. § 1, l. 23 D. de don. i. v. e. u. 24, 1). So ist auch entschieden in dem von Fitting im Archiv für civilistische Praxis Bd. 50 S. 60—63 mitgetheilten Rechtsfall.

Weiter müssen endlich zu den mortis causa donationes, wenigstens nach römischem Rechte, solche Schenkungen gerechnet werden, welche ein Vater bei Lebzeiten an seine nicht emancipirten Kinder macht. Denn auch derartige Schenkungen waren wegen der eigenthümlichen vermögensrechtlichen Stellung der Hauskinder an sich ungültig l. 1 § 1 D. pro don. 41, 6; l. 11 C. de don. 8, 53) und convalescirten erst — abgesehen von dem Falle, dass der Vater die beschenkten Kinder emancipirte ohne Widerruf der Schenkung (l. 17 C. de don. 8, 53; l. 31 § 2 D. de don. 39, 5) — mit dem Tode des Vaters, wenn derselbe nicht vorher die Schenkung widerrufen hatte (l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5, 16; l. 6 § 2 C de bon. quae lib. 6, 61). Dass diese letztere Bestimmung erst durch Justinian eingeführt sei, wie Glück 7 S. 162 anzunehmen scheint, ist übrigens nicht richtig, denn bereits Paulus sagt im 5. Buche der Sentenzen l. 11 § 3: „Pater si filiofamilias aliquid donaverit et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit.“ Cf. auch Fragm. Vatic. 274 (von Constantius i. J. 315), 277, 278 und 281 (von Diocletian und Constantius i. J. 286).

In dieser Weise lässt sich auch die l. 2 C. h. t. erklären. Ein Vater, der mit Hinterlassung eines Sohns und einer Tochter gestorben ist, hat schon bei Lebzeiten sein ganzes Vermögen an den Sohn verschenkt. Nach des Vaters Tode wendet sich die durch diese Schenkungen in ihrem Pflichttheil ver-

letzte Tochter an die Kaiser Valerianus und Gallienus um Rath. Dieselben unterscheiden in dem Rescript, welches sie an die Tochter erlassen, 2 Fälle, nämlich den, wo der beschenkte Sohn bis zum Tode des Vaters in dessen Gewalt verblieben ist, und den, wo der Sohn vorher emancipirt worden ist; während für den letzten Fall die querela inofficiosae donationis gewährt wird, wird für den ersten Fall bestimmt: „arbitri familiae herciscundae officio congruit, ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumen." Zu jener Zeit (a. 256 n. Chr.) betrug der Pflichttheil noch den 4. Theil der Intestaterbportion, entsprach also der falcidischen Quart, deren Abzug damals bereits auf Schenkungen von Todeswegen ausgedehnt war. Die Zuwendungen an den Bruder mussten also als mortis causa donationes soweit hinfällig werden, als die Quart der Schwester verletzt war; in diesem Sinne sollte der Erbschaftsrichter entscheiden, und damit hatte die Tochter ihren Pflichttheil.

In dieser Weise sind Schenkungen des Vaters, an Hauskinder von Todes wegen gemacht, auch behandelt in dem oben erwähnten Fitting'schen Rechtsfall S. 63 und in der Entscheidung des Obergerichts Wolfenbüttel vom 22. Juni 1862 in Seuffert's Archiv 25 No. 253.

Für das jüngste gemeine Recht aber möchten wir behaupten, dass der römischrechtliche Grundsatz, dass Schenkungen des Vaters an das Hauskind an sich ungültig sind und erst durch den Tod des Vaters convalesciren, ausser Geltung gekommen ist. Windscheid (§ 516 n. 3) will auch für das heutige Recht im Allgemeinen noch jenen Grundsatz gelten lassen für das Verhältniss von Vater und Hauskind, und nur solche Zuwendungen, welche der Vater an das Kind zur Begründung einer selbstständigen Wirthschaft oder zur Abschichtung giebt, sollen von

Anfang an gültig, alle sonstigen Schenkungen aber ungültig sein. Wir schliessen uns in dieser Beziehung der Ansicht des Reichsgerichts (Entscheidungen Bd. 16 S. 113 ff.) an, dass nach jüngstem gemeinen Recht sämmtliche Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind, und daher auch Schenkungen, voll gültig sind. So auch Dernburg III § 32 Anm. 10 und 11. Von diesem Standpunkte aus aber muss man im Falle einer übermässigen Schenkung des Vaters an sein Hauskind die querela inofficiosae donationis zurAnwendung bringen.

Da nach dem oben von uns aufgestellten Satz, wenn die querela inofficiosae donationis statt haben soll, der Pflichttheil durch eine Schenkung unter Lebenden verletzt sein muss, vernothwendigt sich eine Definition des Lehrbegriffs der Schenkung unter Lebenden. Schenkung ist nach der herrschenden Ansicht (Windscheid § 365) jede nicht letztwillige animo donandi gemachte und in diesem Sinne angenommene Vermögenszuwendung, durch welche einerseits das Vermögen des Empfängers vermehrt und andererseits das Vermögen des Zuwendenden entsprechend vermindert wird.

Nicht blos bei solchen Rechtsgeschäften findet die querela inofficiosae donationis statt, welche eine reine Liberalität enthalten, sondern auch unter Umständen bei onerosen Rechtsgeschäften, nämlich dann, wenn der Erblasser donandi animo eine Sache gegen eine zu geringe Gegenleistung veräussert hat, sie z. B. zu einem zu niedrigen Preise verkauft oder gegen eine im Verhältniss zu geringwerthige andere Sache vertauscht hat (negotia mixta cum donatione z. B. emtio venditio mixta cum donatione). Die Schenkung besteht dann in der Differenz zwischen dem wahren Werthe der Sache und dem Betrage der Gegenleistung.

Für den Fall der Verletzung des Pflichttheils durch onerose Rechtsgeschäfte wollten früher einzelne, z. B. Glück 7 S. 191 ff. dem Notherben eine actio Faviana und Calvisiana utilis geben, doch ist dies unhaltbar, da diese Klagen dem patronatischen Pflichttheilsrecht angehören und auf andere Rechtsverhältnisse nicht ausgedehnt werden dürfen (Mayer § 110, Francke S. 543, Vangerow § 482 S. 277).

Im gemeinen Rechte wird auch ganz allgemein sowohl in der Theorie wie auch in der Praxis dem Notherben zum Schutze gegen onerose, eine Schenkung enthaltende Rechtsgeschäfte seines Erblassers die querela inofficiosae donationis gewährt (so Mühlenbruch 36 S. 133 ff., Francke S. 540 ff., Mayer § 110, Arndts im Rechtslexikon VIII S. 170, Vangerow § 482 I, 1, Schröder S. 550 ff., Windscheid § 586 n. 1, Koeppen, Erbrecht § 102, S. 672, Anm. 5). Auch liegen uns folgende Entscheidungen aus Seuffert's Archiv hierüber vor: 3, 356 (OAG. Dresden vom 25. Juli 1848) 3, 357 (dasselbe Gericht vom 19. October 1847), 4, 137 (Obertribunal Stuttgart vom 14. December 1849), 9, 193 (OAG. Kiel 1854), 23, 152 (OAGericht Jena 1862) und 17, 76 OG. Wolffenbüttel vom 9./16. Juni 1857). Jedoch können wir uns mit dem an erster Stelle angeführten Urtheile des Oberappellationsgerichts Dresden insoweit nicht einverstanden erklären, als dasselbe sich auf den Standpunkt stellt, dass der zu wohlfeile Verkauf einer Sache immer eine Schenkung enthalte und der dadurch eintretende Erfolg der Verkürzung der Notherben diesen die Querel gewähre, möge der Erblasser, als er den Verkauf vornahm, sich gedacht haben, was er wolle. Wir vertreten vielmehr ganz entschieden den Standpunkt, dass die querela inofficiosae donationis bei onerosen Rechtsgeschäften nur in dem Falle Anwendung finden darf, wenn der Veräusserer bei Vornahme des Rechtsgeschäfts auch wirklich

den animus donandi gehabt hat, denn sonst kann von einer pflichtwidrigen Handlung überall nicht geredet werden. Die Befolgung der Grundsätze jenes Urtheils würde zu grossen Unzuträglichkeiten führen und es würde damit den Processen gewinnsüchtiger Notherben Thür und Thor geöffnet, da dann die querela inofficiosae donationis in allen Fällen anwendbar sein würde, wenn der Erblasser auch nur, gleichgültig aus welchem Grunde, um weniges zu billig verkauft hätte und hieraus eine Pflichttheilsverletzung konstruirt werden könnte.

Auch durch eine donatio sub modo unter Lebenden kann die querela inofficiosae donationis begründet werden, wenn in derselben eine Pflichttheilsverletzung liegt. Um zu bestimmen, ob letzteres der Fall ist, müssen die Leistung des Erblassers und der Gesammtwerth der Gegenleistung mit einander verglichen werden. Schenkung ist nur der nach Abzug der Gegenleistung übrig gebliebene Rest. Zu den donationes sub modo gehören auch Leibrenten- und Alimenten-Verträge, die Berechnung des Werthes der gesammten Gegenleistung erfolgt durch Capitalisirung des Betrages der jährlichen Rente. (Mühlenbruch 36 S. 135, Entscheidung des Oberappellationsgerichts Darmstadt im Archiv für praktische Rechtswissenschaft n. F. 8 S. 197, Entscheidung des Obertribunals Stuttgart vom 14. December 1849 in Seuffert's Archiv Bd. 4 No. 137.)

Remuneratorische Schenkungen werden, wenn sie den Pflichttheil verletzen, nicht anders behandelt, als gewöhnliche Schenkungen (Entscheidung des OLGerichts Rostock in der Mecklenb. Zeitschr. Bd. 6 S. 42—44).

Dass endlich der Verletzung des Pflichttheils durch eine Schenkung unter Lebenden auch die Verletzung desselben durch die Bestellung einer

übermässigen dos gleichgestellt wird, und den Notherben speciell für diesen Fall die im Uebrigen sich in jeder Hinsicht eng an die querela inofficiosae donationis anschliessende querela inofficiosae dotis gegeben wird, haben wir bereits oben (§ 1 a. E.) erwähnt.

§ 5.

Verletzung des Pflichttheils.

Aus den Vorschriften der Quellen über die querela inofficiosae donationis, insbesondere aus Nov. 92, lässt sich das Princip erkennen, dass Niemand einen bestimmten Theil seines Vermögens, den Pflichttheil, durch Schenkungen unter Lebenden entziehen soll, dass die Notherben also bereits bei des Erblassers Lebzeiten einen durch Schenkungen nicht entziehbaren Anspruch auf einen Theil seines Vermögens haben, gegen dessen Verletzung sie allerdings erst nach dem Tode des Erblassers reagiren können.

In der Nov. 92 c. t. hat Justinian bestimmt, dass der Erblasser, wenn er einem oder mehreren seiner Descendenten soviel durch Schenkungen unter Lebenden zugewandt hat, dass der Pflichttheil für alle Kinder nicht im Vermögen bleibt, den Nachlass so vertheilen soll, dass der Pflichttheil derjenigen Descendenten, welchen er bei Lebzeiten nichts zugewandt hat, berechnet von dem Vermögen vor der Schenkung gedeckt wird. Thut der Erblasser dies nicht, so sollen die beschenkten Kinder nicht sagen können, dass sie mit der Schenkung zufrieden sein und sich von der väterlichen Erbschaft lossägen wollten (um der Verpflichtung enthoben zu werden, den nicht beschenkten Kindern den Pflichttheil zu gewähren). Zwar sollen sie nicht zum Erbschaftsantritt gezwungen werden, wohl aber verpflichtet sein, den anderen Kindern den Pflichttheil zu ergänzen, damit diese nicht weniger haben, als ihren

Pflichttheil (quod ex legibus iis debetur); denn der Vater darf zwar den von ihm mehr geliebten Kindern mehr zuwenden, nicht aber die anderen durch übermässige Schenkungen an jene verletzen.

Aus dieser Novelle geht zunächst hervor, dass die beschenkten Kinder, wenn der Vater den Nachlass in der Weise vertheilt hat, dass sie ihren Pflichttheil aus demselben nicht erhalten, das Testament deswegen nicht angreifen können, da es ja dem Vater zur Pflicht gemacht wird, den Nachlass in dieser Weise zu vertheilen. Es ist weiter bestimmt, dass bei der Berechnung des Pflichttheils dasjenige Vermögen, welches der Erblasser bei Lebzeiten verschenkt hat, mit in Rechnung zu ziehen ist. Für den Fall, dass der Vater den Nachlass nicht so vertheilt hat, dass auch die nicht beschenkten Kinder ihren Pflichttheil erhalten, sollen die beschenkten Kinder ihnen denselben ergänzen. Ist nun soviel im Nachlass vorhanden, dass die verletzten Kinder aus demselben ihren Pflichttheil erhalten können, so ist ihnen die actio suppletoria zu gewähren, da sie zunächst aus dem Nachlasse Befriedigung ihres Pflichttheilsanspruchs zu suchen haben, reicht aber der Nachlass nicht hin, um ihren Pflichttheil zu decken, so muss ihnen die querela inofficiosae donationis gegeben werden, da die Klage dann gegen die Beschenkten als Singularsuccessoren, nicht als Erben, wie die actio suppletoria geht, was schon daraus folgt, dass die Beschenkten die Erbschaft nicht anzutreten brauchen, und es ist nicht gerechtfertigt, den Klägern, wie Breidenbach (Archiv für civil. Praxis 28 S. 48 ff.) es gethan hat, auch in diesem Falle die actio suppletoria zu geben. (Ebenso Hille S. 62 und Zimmern S. 75). Die Ansicht, dass die actio suppletoria überhaupt in allen Fällen auf die inofficiöse Schenkung ausgedehnt werden müsse, wo

dem Notherben etwas hinterlassen ist, wird noch widerlegt werden.

Da die Notherben also einen Anspruch auf den Pflichttheil, berechnet von dem Vermögen des Erblassers vor der Schenkung, haben, folgt, dass dasjenige, was ihnen durch eine Schenkung nicht genommen werden kann, ihnen auch nicht durch eine Reihe von aufeinanderfolgenden Schenkungen und ebensowenig durch eine Verbindung von Schenkungen unter Lebenden und letztwilligen Verfügungen entzogen werden kann. Demnach ist, wie auch aus der Novelle 92 hervorgeht, wie sich das Reichsgericht (Entscheidungen Bd. 4 S. 120) ausdrückt, „die Annahme gerechtfertigt, dass ein Erblasser durch die Vornahme einer erlaubten Schenkung die Verpflichtung auf sich nimmt, den Pflichttheilsberechtigten von seinem übrigen Vermögen soviel zu hinterlassen, als ihnen nach Massgabe ihres Pflichttheils für den Fall, dass er den verschenkten Gegenstand nicht weggeschenkt hätte, zugekommen sein würde."

Der Pflichttheil ist auch hier dieselbe Quote der Intestaterbportion, wie bei der querela inofficiosi testamenti; er betrug vor der Novelle 18 ein Viertel, seit derselben ist er jedoch auf mindestens ein Drittel, bei mehr als 4 Erben auf die Hälfte der Intestaterbportion erhöht. Nicht richtig ist die von Zimmern (S. 75) aufgestellte Behauptung, dass auch nach jüngstem, gemeinem Recht noch für Ascendenten und Geschwister der Pflichttheil die alte Quart sei, da Justinian in Novelle 18 den Pflichttheil nur für letztwillige Verfügungen erhöht und diese Erhöhung erst in Novelle 92 auf pflichtwidrige Schenkungen, aber nur zu Gunsten der Descendenten ausgedehnt habe. Man muss vielmehr annehmen, dass es Justinians Absicht gewesen sei, dass die in Novelle 18 bestimmte Erhöhung des Pflichttheils sich ohne Weiteres auch auf pflichtwidrige Schenkungen er-

strecken solle, da ja die querela inofficiosae donationis eben zum Schutze desjenigen Pflichttheils, welcher durch letztwillige Verfügungen nicht entzogen werden konnte, gegen Entziehung durch Verfügungen unter Lebenden eingeführt worden ist und es, wie F r a n c k e S. 504 sagt, unmöglich wäre, 2 verschiedene Pflichttheile bei derselben Person anzunehmen, einen, welcher letztwillig und einen andern, welcher durch Schenkungen unter Lebenden nicht lädirt werden dürfe. Auch aus Novelle 92 pr.: „Quae ad Falcidiam ejusque portionem pertinent, ea jam definivimus, non ignobiliaccessione eam augentes" geht klar hervor, dass J u s t i n i a n in der Nov. 92 in dieser Beziehung nicht Neues verordnen wollte, sondern, dass er von vorneherein die Erhöhung des Pflichttheils auch auf die querela inofficiosae donationis angewendet wissen wollte.

Nach dem oben Gesagten kann der Erblasser nur über den nach Abzug der ein Drittel bezw. die Hälfte seines Vermögens betragenden Pflichttheilsansprüche sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen frei verfügen. Verschenkt der Erblasser soviel, dass der Pflichttheil, berechnet nach dem Betrage des Vermögens vor der Schenkung nicht übrig bleibt, so ist die Schenkung eine pflichtwidrige, inofficiosa, und zwar zu demjenigen Betrage, zu welchem durch dieselbe der Pflichttheil verletzt ist. Es ist im jüngsten gemeinen Recht unbestritten, dass eine Schenkung, welche bei ihrer Vornahme den Pflichttheil nicht verletzt, hinterher auch nicht eine pflichtwidrige werden kann, auch wenn das Vermögen des Schenkers sich nachträglich so vermindert, dass nach seinem Tode der Notherbe den Pflichttheil, berechnet aus dem Nachlasse unter Zurechnung des Betrages der Schenkung, nicht erhalten kann, denn die Schenkung war ja bei ihrer Vornahme keine pflichtwidrige. (K o e p p e n , Erbrecht § 102 S. 675).

Nur in einem Falle kann eine zur Zeit ihrer Vornahme nicht pflichtwidrige Schenkung später noch angefochten werden, dann nämlich, wenn nach der Vornahme der Schenkung noch Notherben geboren werden und diese ihren Pflichttheil nicht erhalten können, der ebenfalls aus dem Nachlasse unter Zurechnung des Betrages der Schenkung berechnet werden muss. Dieser Fall gestaltet sich noch besonders eigenartig, wenn der Erblasser 4 Kinder hat und nun $^2/_3$ seines Vermögens verschenkt — was er ja unbeschadet des Pflichttheilsanspruchs seiner 4 Kinder thun kann, da derselbe nur auf $^1/_3$ des Vermögens geht —, darauf ihm aber noch ein 5. Kind geboren wird. Hierdurch erhöht sich der Pflichttheilsanspruch aller 5 Kinder von einem Drittel auf die Hälfte ihrer Intestatportion. Das nachgeborene Kind kann diesen Pflichttheilsanspruch zweifellos gegen den Beschenkten geltend machen, es wäre aber unbillig, wenn man nun nicht auch den übrigen Kindern das Recht geben wollte, von dem Beschenkten soviel zurückzufordern, dass sie die Hälfte ihrer Intestatportion erhalten.

Andererseits folgt aus der Analogie der Novelle 92 c. 1, dass die Inofficiosität einer im Augenblicke ihrer Vornahme pflichtwidrigen Schenkung nachträglich wieder dadurch gehoben werden kann, dass sich das Vermögen des Schenkers nach der Schenkung so vermehrt, dass bei seinem Tode der Pflichttheil, berechnet aus dem Nachlasse unter Hinzurechnung des Betrages der Schenkung sowie des späteren Zuwachses des Vermögens — denn auch von diesem gebührt dem Notherben der Pflichttheil — gedeckt ist. Dies folgt aus den Worten der Nov 92 c. 1: „Sic enim nihil ulterius in donationibus quereutur, qui habent quidem in omni substantia patris, quod legitimum est, in tantum aucta quantitate, quantum habuit substantia patris ante quam donationibus exhauriretur.“

Fällt diese Vermögensvermehrung jedoch noch vor dem Tode des Schenkers wieder fort, so kann auch die Schenkung nunmehr wieder angefochten werden. Unhaltbar ist, was Arndts im Rechtslexikon VIII S. 167 behauptet, dass nun dennoch die Schenkung nicht mehr angefochten werde könne, denn der Grund der Verkleinerung des Pflichttheils liege nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensvermehrung beseitigt gewesen, sondern in der noch später eingetretenen zufälligen Vermögensminderung, welche nicht das Recht gebe, eine frühere Schenkung anzufechten. An sich hat vielmehr die Vermögensvermehrung gar keine Bedeutung; nicht deshalb, weil diese Vermehrung überhaupt einmal eingetreten ist, ist die Querel ausgeschlossen, sondern aus dem Grunde, weil dieselbe bewirkt, dass der Notherbe seinen Pflichttheil erhält; tritt wegen Wegfalls der Vermögensvermehrung diese Wirkung nicht ein, so muss die Querel wieder aufleben. (Seuffert § 664 n. 11; Schröder S. 523; Windscheid § 586 n. 7; Dernburg III § 156 n. 8; Koeppen, Erbrecht § 102 S. 675; während Unger § 86 n. 9 der Arndt'schen Ansicht folgt).

Sind mehrere Schenkungen hinter einander gemacht worden, so sind nur diejenigen inofficiös, durch welche der Pflichttheil wirklich verletzt worden ist, denn, wie wir oben gesehen haben, kann eine Schenkung, die bei ihrer Vornahme nicht pflichtwidrig ist, auch nicht durch nachträgliche Verminderung des Vermögens inofficiös werden. Um zu berechnen, welche Schenkungen von mehreren, hinter einander gemachten inofficiös sind, muss man sie alle zusammenrechnen, und diese Summe mit dem Vermögen, wie es vor der ersten Schenkung war, vergleichen: inofficiös sind nur diejenigen Schenkungen

welche der Erblasser über den seiner freien Verfügung unterliegenden $^2/_3$ bis halben Theil seines Vermögens hinaus gemacht hat, und sind dies natürlich regelmässig immer die letzten Schenkungen. Ist jedoch nach der Vornahme der pflichtwidrigen Schenkung eine Vermögensvermehrung erfolgt und hat der Erblasser dann eine in Anbetracht seines gegenwärtigen Vermögensstandes nicht pflichtwidrige Schenkung gemacht und dann wieder soviel verloren, dass der Pflichttheil nicht im Nachlasse verbleibt, so ist natürlich nur die ältere Schenkung anfechtbar. So das Beispiel bei Seuffert § 664 nr. 11: Jemand, der ein Kind A hat, schenkt von seinem 3000 Mark betragenden Vermögen 2400 an B, erwirbt darauf neue 2400, verschenkt dann an C 1200 — denn soviel kann er, ohne den Pflichttheil zu verletzen, jetzt verschenken, da noch immer der Pflichttheil, $^1/_3$ von (3000 + 2400) = 1800 in seinem Vermögen bleibt — und büsst schliesslich 600 durch Speculation ein. Der Nachlass beträgt dann 1200, der Pflichttheil des A, der nun zu berechnen ist aus dem Nachlass und dem Betrage der Schenkungen, also $^1/_3$ von (1200 + 2400 + 1200) = 1600, ist um 400 verletzt; diese 400 kann A nur von B fordern.

Keine Billigung verdient die übrigens wohl von Niemand mehr getheilte Ansicht, dass, wenn mehrere Schenkungen auf einander folgen, alle pro rata der Anfechtung unterliegen müssten. Die Vertreter dieser Ansicht haben sich mit Unrecht auf die Analogie der Vermächtnisse berufen, welche, wenn der Pflichttheil durch sie verletzt werde, alle verhältnissmässig gekürzt würden; dies ist jedoch bei den Vermächtnissen ganz natürlich, da dieselben alle zu gleicher Zeit ihre Gültigkeit erlangen, während die Schenkungen zu verschiedenen Zeiten gültig werden. (Glück 7 S. 174; Francke S. 514; Mühlenbruch 36 S. 120 n. 50; Vangerow § 482 I 2b; Schröder

S. 528; Arndts a. a. O. S. 167 n. 399; Dernburg III § 156 sub 1 a; Windscheid § 586 n. 6). Wenn dagegen mehrere Schenkungen zu gleicher Zeit erfolgen, müssen sie auch alle verhältnissmässig rescindirt werden. Die bei Vornahme einer Schenkung vorhandene Pflichtwidrigkeit derselben kann dadurch wieder geheilt werden, dass der Erblasser dem durch die Schenkung verletzten Notherben soviel durch letztwillige Verfügung zuweist, dass er doch seinen vollen Pflichttheil erhält. Von dem Falle, wo die Schenkung an Notherben erfolgt ist, handelt die bereits von uns unterpretirte Nov. 92. Aber auch, wenn die Schenkung an extranei erfolgte, ist eine Heilung der Inofficiosität denkbar. Z. B. der Erblasser hat einen Vater und einen Bruder; er hat 9000 im Vermögen und verschenkt 7500 an eine unbescholtene Person, die übrigen 1500 Mark weist er testamentarisch dem Vater zu. Der Vater hat damit seinen Pflichttheil $^1/_3$ von seiner 4500 betragenden Intestaterbportion, der Bruder hat, weil an eine unbescholtene Person geschenkt ist, kein Notherbenrecht. Stirbt der Erblasser dagegen ohne Testament, so erben Vater und Bruder jeder 750 und der Vater hat die querela inofficiosae donationis gegen den Beschenkten auf 750. Denn die Ansicht von Arndts a. a. O. S. 168 und Seuffert § 654 n. 6 können wir nicht billigen. Diese ziehen nämlich aus dem an sich nicht bestrittenen Satze, dass „der Anspruch auf den Pflichttheil ein gesetzlicher Anspruch ist, der vor Allem zunächst aus dem wirklichen Nachlasse zu befriedigen ist, und nur eventuell, soweit dieser nicht ausreicht, eine Schenkung unter Lebenden deshalb angefochten werden kann" den Schluss, dass in dem erwähnten Falle der Vater dem Bruder mit der actio suppletoria Alles entziehen könne und die querela inofficiosae donationis gegen den Beschenkten erst dann anstellen könne, wenn

er von dem Bruder nicht soviel erhalte, als zur Deckung seines Pflichttheils nöthig sei. (Unserer Ansicht scheint auch Windscheid § 586 n. 6 zu sein). Denn der Intestaterbe hat, auch wenn er nicht Notherbe ist, einen gesetzlichen Anspruch auf seine Intestaterbportion, der ihm zwar durch letztwillige Verfügung des Erblassers, aber nicht auf andere Weise entzogen werden kann.

Weiter kann eine bei ihrer Vornahme pflichtwidrige Schenkung auch dadurch nachträglich unanfechtbar werden, dass nach Vornahme derselben ein Notherbe wegfällt und sich infolgedessen der Pflichttheil von der Hälfte auf ein Drittel der Intestaterbportion mindert. (Koeppen, Erbrecht § 102 S. 675 Anm. 4). Jemand hat z. B. 5 Kinder und 9000 im Vermögen, er verschenkt davon 6000. Da der Pflichttheil für jedes der Kinder die Hälfte der Intestaterbportion ausmacht, so ist derselbe durch die Schenkung im Ganzen für alle um 1500 verletzt. Wenn nun aber eins der Kinder stirbt, so beträgt der Pflichttheil der 4 überlebenden Kinder nur noch ein Drittel der Intestaterbportion, für die 4 Kinder zusammen also 3000, derselbe ist also nunmehr gedeckt.

Auch durch gültige Enterbung eines Notherben kann die durch eine Schenkung herbeigeführte Inofficiosität nachträglich geheilt werden. Es sind z. B. 4 Kinder vorhanden, der Erblasser verschenkt von seinem 12000 betragenden Vermögen 9000; der Pflichttheil aller Notherben, welcher ein Drittel von 12000 = 4000 beträgt, ist durch diese Schenkung also um 1000 verletzt. Wenn nun aber der Erblasser eines von seinen 4 Kindern gültig enterbt, so bleibt, da bei der Berechnung des Pflichttheils auch die enterbten Kinder mitgerechnet werden, der Pflichttheil eines jeden der 3 übrigen Kinder derselbe wie vor der Enterbung. Da aber noch 3000 übrig sind,

so kann nun jedes dieser Kinder 1000, also seinen Pflichttheil erhalten, die Schenkung kann jetzt nicht mehr als pflichtwidrig angefochten werden.

Während im Uebrigen Schenkungen unter Lebenden, wenn der Erblasser es nicht ausdrücklich angeordnet hat, nicht in den Pflichttheil eingerechnet werden, muss der Notherbe, welcher die querela inofficiosae donationis anstellt, sich alle Schenkungen und sonstige Zuwendungen, welche er selbst bei Lebzeiten des Erblassers von diesem erhalten hat, in den Pflichttheil einrechnen lassen. Eine solche Anrechnung ihm selbst gemachter Schenkungen erscheint auch ganz gerechtfertigt bei Demjenigen, welcher sich darüber beschwert, dass der Erblasser anderen etwas geschenkt hat. Dies ist auch ausdrücklich vorgeschrieben in l. 6 und 7 C. h. t. In l. 6 ist bestimmt, dass eine Tochter nur dann die Querel gegen ihren vom Vater bei dessen Lebzeiten beschenkten Bruder erheben kann, wenn nicht „tantum dos a patre data et fideicommissum continent quantum ad submovendam querelam sufficiat." Schröder (S. 531 Anm. 7 und S. 309 ff.) meint allerdings, dass die Stelle aus dem Grunde für das Vorgetragene keinen vollen Beweis erbringe, weil es sehr zweifelhaft sei, ob nicht zu jener Zeit (a. 286 p. Chr.) eine dos bereits stets in den Pflichttheil eingerechnet werden musste; allein die herrschende Meinung, der auch wir uns anschliessen, nimmt an, dass die Vorschrift, dass eine dos immer in den Pflichttheil eingerechnet werden müsse, erst durch die vom Kaiser Zeno i. J. 479 erlassene l. 29 C de inoff. testam 3, 28 eingeführt worden sei (Glück 7 S. 94 ff.; Francke S. 236; Sintenis § 196 Anm. 12; Dernburg III § 151 n. 4; Windscheid § 581 n. 4). Daher dient auch diese Stelle zur Bestätigung des Vorgetragenen und wird dasselbe weiter unzweifelhaft durch l. 7 C. h. t. bewiesen, welche vorschreibt,

dass der Notherbe nur dann die querela inofficiosae donationis anstellen könne, wenn er vom Erblasser nicht soviel geschenkt erhalten habe, als sein Pflichttheil betrage. (Cf. Francke S. 516; Seuffert § 664 n. 9a; Windscheid § 586 n. 9; Schröder S. 531; Koeppen, Erbrecht § 102 S. 676 Anm. 1).

§ 6.

Dolus des Schenkenden ist nicht erforderlich.

Während die in Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes herrschende Meinung dahin geht, dass zur Anstellung der querela inofficiosae donationis der Nachweis genüge, dass der Pflichttheil durch eine Schenkung unter Lebenden verletzt sei (so Glück 7 S. 167 No. 2; Francke S. 505 ff.; Zimmern S. 66; Hille S. 27 ff.; Vangerow § 482 I, 3; Puchta § 491 n. b.; Seuffert § 664 n. 5; Arndt's a. a. O. S. 165—166; Sintenis § 200 n. 11; Windscheid § 586 n. 10; Marcusen S. 8; Koeppen, Erbrecht § 102 S. 673 Anm. 1; Entscheidung des OAG. Dresden vom 25. Juni 1848 in Seuffert's Archiv 3, 356; Entscheidung des OAG. Giessen vom 21. Februar 1871, mitgetheilt von Stammer im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, n. F. Bd. 8 S. 197; Entscheidung des OLG. Rostock vom 6. November 1884 in der Mecklb. Zeitschrift Bd. 6 S. 42), verlangen mehrere Schriftsteller noch ausserdem, dass die Absicht des Erblassers, durch die Schenkung dem Notherben den Pflichttheil zu entziehen, nachgewiesen werden müsse, doch wollen einzelne den Beweiss der Absicht erlassen, wenn eine solche klar aus den näheren Umständen der Schenkung hervorgehe (so Kritz S. 125 ff.; Mühlenbruch S. 74—97; Mayer § 108 n. 4 und in neurer Zeit noch E. A. Seuffert, Zusatz zu seines Vaters Lehrbuch zu § 664 n. 5; Brinz 2. Aufl. § 405 Anm. 41 und 45; Schröder S. 515—521 und Dern-

burg III § 156 n. 3. Auch Breidenbach, Archiv für civil. Praxis 27 S. 357–358 hält zwar die böse Absicht des Schenkers für erforderlich, verlangt jedoch nicht den Beweis derselben, sondern nimmt an, dass diese Absicht stets präsumirt werde, wenn durch die Schenkung der Pflichttheil verletzt sei).

Dieser letzteren Ansicht können wir nicht beitreten. Zu ihren Gunsten spricht allerdings der Umstand, dass in mehreren Quellenstellen von einer solchen Absicht, den Pflichttheil zu verkürzen, die Rede ist, so in l. 87 D. de legat. II „si liquet tibi aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse"; in l. 1 C. h. t. „si, ut adlegatis, mater vestra ad deludendam inofficiosi querelam paene universas facultates suas factis donationibus exhausit"; in l. 8 C. h. t. „si liqueat matrem tuam intervertendae questionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus exhausisse", und in demselben Rescript § 1: „in cujus bonis si idem consilium et eventus comprehendatur." Man muss aber im Auge behalten, dass die gedachten Stellen Rescripte sind und dass bei diesen der von dem Rechtsuchenden angegebene Thatbestand regelmässig kurz wiederholt wurde. Wenn man nun weiter in Erwägung zieht, dass allerdings häufig die Schenkung in Verkürzungsabsicht vorgenommen wurde, so kann aus dem Umstande, dass in den angeführten Stellen die Absicht des Erblassers, den Pflichttheil zu verkürzen, erwähnt wird, noch nicht der Schluss gezogen werden, dass die Kaiser nicht gerade so entschieden haben würden, wenn eine derartige Absicht ihnen nicht vorgetragen wäre. Schröder (S. 516) behauptet freilich, dass in l. 8 § 1 C. h. t., wo es heisst, dass die querela inofficiosae donationis gegeben werden solle „si idem consilium et eventus comprehendatur", die Verkürzungsabsicht als Gegenstand des Beweises

genannt werde, ohne dass es sich dabei um ein Wiedergeben des von dem Anfragenden vorgetragenen Thatbestandes handele. Wir können uns dieser Ansicht jedoch nicht anschliessen, sondern sind vielmehr der Meinung, dass auch hier nur der Thatbestand wiederholt werden sollte und dass es hier nicht etwa die Absicht der Kaiser Diocletian und Maximian gewesen ist, die querela inofficiosae donationis nur für den Fall, dass die Verkürzungsabsicht erwiesen werden sollte, zu gewähren. Wahrscheinlich sind hier in der Anfrage solche Thatsachen erwähnt, aus denen sich allerdings unzweifelhaft ergab, dass hier „consilium et eventus" vorlagen.

Die Anhänger der von uns bekämpften Ansicht haben ferner auf die Fragmento Vaticana 270 und 271 hingewiesen. In fragm. 271 wird von den Kaisern Diocletian und Constantius bestimmt, dass, wenn erwiesen sei, dass ein Grossvater durch unmässige Schenkungen sein Vermögen erschöpft habe, so dass der Pflichttheil seines Enkels nicht übrig geblieben sei: „praeses provinciae notionem suam impertiet, non ignorans pro sua auctoritate atque experientia plerisque constitutionibus hujusmodi commentis ad exemplum inofficiosi querellae esse occursum." Aus diesen Worten kann gewiss nicht der Schluss gezogen werden, dass der Beweiss der Verkürzungsabsicht erfordert werde, sondern höchstens, dass, wenn der Erblasser sein Vermögen durch unmässige Schenkungen verschleuderte, ohne Weiteres das Vorhandensein der Verkürzungsabsicht angenommen wurde. In fragm. 270, von denselben Kaisern, heisst es, der Anfragenden solle die Querel gegeben werden, „si donationibus in unam filiam conlatis quarta non retenta patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur."

Auch wenn man mit Mühlenbruch 36 S. 80 n. 72 annehmen wollte, dass die von Hille S. 30

versuchte Erklärung, dass die Worte „in fraudem ceterorum filiorum“ nichts anders bedeuten, als „in perniciem,“ wie in fragm. 280, also „zum Nachtheile der übrigen Kinder“, nicht haltbar wäre, sondern dass fraus auch zugleich die Absicht, den Pflichttheil zu verkürzen, mit umfasse, so kann dennoch hieraus nicht gefolgert werden, dass die Kaiser hier auch wirklich die querela inofficiosae donationis von dem Beweise der Verkürzungsabsicht abhängig gemacht haben; denn auch diese Stelle ist ein Rescript, es ist in demselben nur kurz zusammengefasst, was die Anfragende vorgebracht hat, und aus ihrem Vorbringen ging eben klar hervor, dass die Schenkungen „in fraudem ceterorum filiorum“ gemacht waren.

Aber selbst, wenn aus diesen beiden Fragmenten mit Sicherheit hervorgehen sollte, dass in ihnen die querela inofficiosae donationis von dem Nachweise der Verkürzungsabsicht abhängig gemacht wäre, so würden sie dennoch nicht den Beweis zu erbringen vermögen, dass für die querela inofficiosae donationis in ihrer späteren Entwickelung die Verkürzungsabsicht nicht gefordert werde, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil Justinian sie nicht mit in den Codextitel 3, 29 de inofficiosae donationis aufgenommen hat, man musste dann aus ihrer Nichtaufnahme vielmehr den Schluss ziehen, dass eben darum, weil Justinian den Nachweis der Verkürzungsabsicht für überflüssig hielt, ihre Aufnahme in den Codex unterblieben sei.

Zu Gunsten der herrschenden Meinung kommt dann weiter noch der Umstand in Betracht, dass den bisher angeführten Stellen, durch welche die Gegner ihre Ansicht zu beweisen suchten, eine ganze Anzahl von Rescripten entgegengestellt werden kann, in denen nur das objective Moment, die bewirkte Verkürzung des Pflichttheils, nicht dagegen das subjective Moment, die Absicht des Schenkers, den Pflicht-

theil zu verkürzen, erwähnt wird. (l. 2 C. h. t.; l. 3 C. h. t.; l 4 C. h. t.; l. 6 C. h. t.; l. 7 C. h. t. und l. un. C. de inoff. dot. 3, 30).

Endlich ist die querela inofficiosae donationis, wie wir oben gesehen haben, nach Analogie der querela inofficiosi testamenti eingeführt, es müssen daher für diese beiden Klagen, soweit ihre Natur es irgend zulässt und keine besonderen Gründe entgegenstehen, die gleichen Regeln, auch bezüglich ihrer Voraussetzungen, gelten. Für die querela inofficiosi testamenti wird aber zweifellos der Nachweis der Verkürzungsabsicht nicht gefordert und es liegt daher kein Grund vor, in dieser Beziehung etwas anderes für die querela inofficiosae donationis zu bestimmen.

Hiergegen darf man sich auch nicht darauf berufen, dass bei der actio Faviana und Calvisiana der Nachweis der Verkürzungsabsicht erfordert wird. Denn die querela inofficiosae donationis ist nicht nach Analogie jener Klagen gebildet, dieselben gehören dem patronatischen Pflichttheilsrecht an, welches auf einer ganz anderen Grundlage ruht, als das Notherbenrecht, und deren Bestimmungen daher auch für dieses nicht massgebend sein können. (Francke S. 505—508; Vangerow § 482, 3; Arndts a. a. O. S. 165, 166; Koeppen, Erbrecht § 102 S. 673 Anm. 1 a. E.).

Wenn wir auch mit der herrschenden Ansicht annehmen, dass das Vorhandensein einer Verkürzungsabsicht bei der querela inofficiosae donationis nicht erfordert werde, so behaupten wir doch, dass diese Klage nur dann angestellt werden kann, wenn in der Schenkung wirklich eine Lieblosigkeit liegt. Findet doch auch die querela inofficiosi testamenti in einzelnen Fällen keine Anwendung, wenn in dem Ausschlusse von der Erbschaft keine Lieblosigkeit liegt, so bei der exheredatio bona mente und beim

Vorhandensein eines Ausschliessungsgrundes, umsomehr muss das Vorhandensein einer Lieblosigkeit für Verfügungen unter Lebenden gefordert werden, um dem Notherben das Recht zu geben, dieselben anzufechten. Diese Lieblosigkeit braucht aber nicht vom Kläger bewiesen zu werden, wir nehmen vielmehr an, dass dieselbe ohne Weiteres präsumirt wird, wenn der Pflichttheil durch die Schenkung objectiv verletzt ist. Diese Präsumtion ist auch ganz naheliegend. Man muss sich nur vergegenwärtigen, dass Lieblosigkeit auch schon dann vorhanden ist, wenn Jemand etwas verschenkt, ohne das Bewusstsein zu haben, dass er damit den Pflichttheil seines Notherben verkürze; es kann von ihm verlangt werden, dass er eine Schenkung nicht mache, ohne an seine Notherben zu denken und sich darüber ganz klar zu sein, dass er durch diese Schenkung diesen Pflichttheil nicht verletzt, thut er es dennoch, ohne sich hierüber klar zu sein, so handelt er lieblos. Hat der Erblasser aber irgend einen gerechten Grund, jene Schenkung zu machen, so kann ihm auch keine Lieblosigkeit vorgeworfen werden. Es ist Sache des Beklagten, im gegebenen Falle den Beweis zu führen, dass die Schenkung keine lieblose sei, weil der Erblasser einen gerechten Grund gehabt habe, dieselbe zu machen. Bestimmte Regeln dafür, wann eine Schenkung, trotzdem sie den Pflichttheil verletzt, eine gerechtfertigte ist, lassen sich nicht aufstellen, es muss dies Alles dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Nicht angefochten werden kann jedenfalls die dem Retter aus Lebensgefahr gemachte Schenkung (so auch Entsch. des OLGerichts Rostock vom 6. November 1884 in der Mecklenb. Zeitschr. Bd. 6 S. 43), und ebensowenig können gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke an Verwandte und Liberalitäten, die in Erfüllung einer Anstandspflicht geschehen sind,

wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten werden, wofern dieselben nur nicht unmässig sind.

§ 7.

Ziel der querela inofficiosae donationis.

Der klagende Notherbe erreicht mit der querela inofficiosae donationis, dass die pflichtwidrige Schenkung soweit rescindirt wird, dass er seinen Pflichttheil, berechnet aus dem Nachlasse unter Hinzurechnung des Betrages alles dessen, was der Erblasser bei Lebzeiten verschenkt hat, erhält. Dies ist die herrschende Ansicht, die aber früher vielfach, zuletzt von Zimmern, Hille und Breidenbach bekämpft worden ist.

Hille (S. 43) nimmt an, dass die Schenkung immer ganz rescindirt werde, Breidenbach (S. 355) will eine Rescission bis zum Betrage der Intestaterbportion des Klägers eintreten lassen, Zimmern endlich behauptet, dass nach dem vorjustinianischen Rechte der Kläger von einem extraneus die ganze Schenkung, vom Notherben dagegen soviel, als seine Intestaterbportion betrage, zurückfordern könne; (S. 68) nach dem justinianischen Rechte könnten Ascendenten und Geschwister des Klägers ihre Intestaterbportion vom Beschenkten fordern, dagegen könnten Descendenten, denen zur Todeszeit des Erblassers nichts geblieben sei, mit den übrigen Intestaterben den beschenkten extranei alles, den Mitintestaterben dagegen nur soviel abfordern, als ihre Intestaterbportion betrage, diejenigen Descendenten aber, denen etwas, aber weniger als ihr Pflichttheil geblieben sei, hätten nur die actio suppletoria auf Ergänzung des Pflichttheils (S. 75–78). Auch Hille (S. 62) und Breidenbach (Archiv für civil. Pr. 27 S. 52) vertreten die Ansicht, dass seit Einführung der actio suppletoria diese Klage auch auf die querela inofficiosae donationis aus-

gedehnt werden müsse, wenn dem Kläger wenigstens etwas aus dem Nachlasse zugekommen sei.

Aeltere Schriftsteller haben die Entscheidung über die Wirkung der querela inofficiosae donationis davon abhängig zu machen gesucht, ob der Schenker ein Testament gemacht habe oder nicht, ob er in Verkürzungsabsicht die Schenkung vorgenommen habe oder nicht, auch von noch manchen anderen Punkten ausgehend suchte man je nach Lage der Sache eine verschiedene Wirkung zu construiren. Doch erweisen sich alle diese Ansichten als unhaltbar, eine nähere Betrachtung der Quellen lässt uns deutlich erkennen, dass die herrschende Ansicht die allein richtige ist.

Gewisse Stellen des Codextitels 3, 29 enthalten zwar, trotzdem einzelne Anhänger der herrschenden Richtung dies annehmen, nach unserer Ansicht keinen directen Beweis für dieselbe. In l. 1 C. h. t. wird dem verletzten Notherben rescribirt: „non injuria juxta formam super inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis, utpote quartam non habentibus desideratis"; es soll ihnen also eine Klage nach Analogie der Testamentsquerel gegeben werdeen, doch ist nicht gesagt, was sie mittelst dieser Klage erreichen, denn nach unserer Ansicht können die Worte: „utpote quartam non habentibus" niemals auf den Zweck der Klage bezogen werden, sondern nur auf die Voraussetzung derselben: „es soll Euch eine Klage nach Analogie der querela inofficiosi testamenti gegeben werden, weil Ihr Eure Quart nicht habt!" Marcusen (S. 14) scheint uns zu weit zu gehen, wenn er in die citirten Worte den weiteren Sinn legt, dass den Klägern die querela inofficiosae donationis gegeben wérden solle, um zu ihrer Quart zu gelangen. Andererseits darf man aus der hier angedeuteten Analogie unserer Klage mit der querela inoff. testam., wie wir unten noch

sehen werden, keinenfalls den Schluss ziehen, dass sie zu demselben Ziele wie diese Klage führe, dass also der Kläger immer seine Intestaterbportion erhalten müsse.

Auch aus l. 2 C. h. t. lässt sich nicht mit Bestimmtheit erkennen, worauf die querela inofficiosi gerichtet ist. Wir haben diese Stelle zum Theil bereits oben (S. 43 ff.) erklärt. Der Erblasser hat sein ganzes Vermögen bei Lebzeiten an seinen Sohn verschenkt und der Tochter nichts hinterlassen. Auf ihre Anfrage rescribiren ihr die Kaiser für den Fall, dass ihr Bruder zur Zeit der Schenkung noch in väterlicher Gewalt gewesen sei, müsse der Erbschaftsrichter ihr den Pflichttheil zusprechen (da dann die Schenkung als donatio mortis causa behandelt werden muss und dem Abzug der Quarta Falcidia unterliegt). Wenn aber der Bruder zur Zeit der Schenkung bereits gewaltfrei gewesen sei, dann sei die Schenkung von Anfang an rechtsbeständig und daher „juxta constitutiones is, qui provinciam regit, ad similitudinem inofficiosi querelae auxilium aequitatis impertiet". Für diesen Fall wird also der Tochter die querela inofficiosae donationis gegeben, ohne dass gesagt ist, was sie mit der Klage erreichen wird. Man muss hier zwar Vangerow Recht geben, wenn er sagt (§ 482 II S. 281) dass „es nicht glaubhaft sei, dass eine an sich ungiltige Schenkung zu grösserem Theile erhalten werden solle, als eine an sich völlig gültige, gegen welche nur ein auxilium aequitatis eingeräumt wird" aber hieraus ohne Weiteres den Schluss zu ziehen, dass die Wirkung für die Tochter im 2. Falle dieselbe sein müsste, wie im ersten, dass, wie Marcusen (S. 17) behauptet, die Worte „quartam ab intestato partionis" sich sowohl auf den ersten als auf den zweiten Theil der l. 2 C. h. t. beziehen, erscheint uns allzugewagt. Höchstens kann man mit Schröder (S. 537) argumentiren: indem die

Kaiser den Gegenstand der Forderung nicht bezeichnen, werde es glaublich, dass sie den im Anfange bezeichneten Pflichttheil auch hier im Sinne hatten.

In l. 3 C. h. t. ist nur gesagt dass die querela inofficiosae donationis sowohl bei testamentarischer Erbfolge als auch bei Intestaterbfolge in Anwendung kommen solle; von den Wirkungen dieser Klage ist auch hier nicht die Rede.

In l. 4 C. h. t. wird einer Mutter, deren Sohn sein Vermögen durch Schenkungen unter Lebenden erschöpft hat, auf ihre Anfrage rescribirt, sie solle sich der Hülfe des praeses provinciae bedienen, der ihr, wenn er nach Prüfung der Sache gefunden haben werde, dass ein Grund für die restitutio in integrum aus der Person des Sohnes (natürlich wegen dessen Minderjährigkeit) vorliege, wegen der allzugrossen Höhe der Schenkung behülflich sein solle, das zu beseitigen, was zu Unrecht verschenkt worden sei (in removendis his, quae perperam gesta sunt), daher bedürfe sie nicht eines Hülfsmittels ad instar inofficiosi testamenti. Aus dieser Stelle geht nur hervor, dass die querela inofficiosae donationis eine subsidiäre Klage ist, über ihre Wirkung ist nichts gesagt, denn wenn man auch mit Marcusen S. 19 annimmt, dass die restitutio in integrum hier nur zum Zwecke der Ergänzung des Pflichttheils gewährt werde, welche Interpretation allerdings viel Wahrscheinlichkeit besitzt, so folgt daraus noch nicht mit Sicherheit, dass, wie Marcusen S. 20 mit Bestimmtheit behauptet, auch die subsidiäre Klage auf dasselbe gehen soll, wenngleich diese Vermuthung nahe liegt.

Auch die l. 5 C. h. t. bringt keinen directen Beweiss für unsere Frage, da dieselbe, wie wir oben (S. 28 u. ff.) auseinandergesetzt haben gar nicht von der querela inofficiosae donationis, sondern von dem Rückforderungsrechte des Schenkers selbst,

welches eine condictio ex lege ist, handelt. Doch liegt es auch hier sehr nahe zu folgern, da dem Schenker selbst das Rückforderungsrecht nur bis zum Belaufe des Pflichttheils des nachgeborenen Notherben zusteht, dass auch die den Notherben selbst gegebene querela inofficiosae donationis nur dazu führen solle, ihnen den Pflichttheil zu verschaffen. (Schröder S. 535; Marcusen S. 22),

In l. 6 C. h. t. wird einer Tochter, welche durch Schenkungen, die ihr Vater bei Lebzeiten an ihren Bruder gemacht hat, in ihrem Pflichttheile verletzt ist, rescribirt: „de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit.“ Es ist hier also nur gesagt, wie auch in l. 1 C. h. t., dass die querela inofficiosae donationis nach Analogie der querela inofficiosi testamenti eingeführt ist, dagegen gar nichts über ihre Wirkungen, diese Stelle giebt daher auch nichts für unsere Ansicht her.

Im Gegensatz zu den bisher angeführten Stellen erbringen die l. 7 und 8 C. h. t., die l. un. de inoff. dot. 3, 30 und die Novelle 92 vollen Beweis für die von uns vertretene Meinung.

In l. 7 h. t. rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian einem Sohn, der durch Schenkungen, welche seine Mutter bei Lebzeiten an seinen Bruder gemacht hat, in seinem Pflichttheil verletzt ist: „quod immoderate gestum est, revocabitur.“ Die Mutter konnte aber ruhig 7 Achtel ihres Vermögens (da damals die Nov. 18 noch nicht galt) an ihren andern Sohn verschenken, ohne dass diese Schenkung anfechtbar wäre, erst wenn sie das letzte Achtel angreift, wird die Schenkung immoderata. Eine immoderata donatio ist ganz gleichbedeutend mit inofficiosa donatio, es bedeutet pflichtwidrige Schenkung, ebenso wie immodica donatio in l. 4 und 9 h. t. Pflichtwidrig ist aber nur derjenige Betrag der Schenkung,

durch welchen der Pflichttheil wirklich verletzt ist; soweit soll also die Schenkung nur rescindirt werden, als sie pflichtwidrig ist (Glück S. 171; Francke S. 256; Vangerow § 482 II S. 481; Marcusen S. 23). — Es ist ganz ungerechtfertigt, wenn Zimmern (S. 73) behauptet, dass „quod immoderate gestum est" alles sei, was der beklagte Bruder über seine Intestaterbportion erhalten habe.

Auch die Ansicht Breidenbach's (Archiv für civil. Praxis 28 S. 40), der die inofficiöse Schenkung in ihrem ganzen Umfange für pflichtwidrig hält, lässt sich nicht vertheidigen.

Ebensowenig können wir Kritz (S. 112) beistimmen, der diese Stelle für die von uns vertretene Ansicht, die er im Uebrigen theilt, aus dem Grunde nicht für voll beweisend hält, weil die citirten Worte auch in der Weise übersetzt werden könnten: „Diejenige Schenkung, zufolge deren unmässig geschenkt worden ist, unterliegt der Rescission." Eine solche Uebersetzung erscheint uns denn doch allzu willkürlich.

Die l. 8 C. h. t. hat den Gegnern der hier vertretenen Ansicht von jeher die grössten Schwierigkeiten bereitet: Eine Mutter hat durch Schenkungen, die sie bei Lebzeiten in Verkürzungsabsicht an einen Sohn gemacht hat, ihr Vermögen erschöpft. Dem sich hierüber beschwerenden Bruder wird nun recribirt: da die Vernunft es verlangt, dass eine Klage gegeben werde gegen die Absichten derjenigen, welche durch List ihrem letzten Willen vorzugreifen suchen und es ihren Kindern unmöglich machen zu klagen, „quod donatum est pro ratione quartae diminuetur." Am einfachsten und ungezwungensten lassen sich diese Worte übersetzen: „die Schenkung soll nach Verhältniss, nach Massgabe der Quart rescindirt werden", d. h. soweit, dass der Kläger seine Quart erhält, (so Glück 7 S. 172; Francke

S. 526; Mühlenbruch 36 S. 106; Vangerow § 482 S. 282; Schröder S. 523; Marcusen S. 25).

Die von den Gegnern unserer Ansicht, Zimmern (S. 74) und Hille (S. 56) versuchte Interpretation, wonach die Rescission der Schenkung stattfinden soll „aus Rücksicht auf die entzogene Quart", wonach also durch die Worte „pro ratione quartae" nur der Grund der Rescission bezeichnet werde, ist nach unserer Ansicht unhaltbar, und wie Vangerow S. 282 mit Recht annimmt, grammatisch unmöglich. Der Ansicht Zimmern's und Hille's hat sich übrigens auch noch Breidenbach (S. 48) angeschlossen, der sogar event. vorschlägt, das „pro ratione" in „per rationem" umzuändern.

Auch die l. un. C. de inoff. dot. 3, 30 spricht entschieden zu Gunsten der von uns vertretenen Ansicht: Eine Mutter hat ihr ganzes Vermögen zur dos gegeben. Der Kaiser Constantius rescribirt nun, dass es mit den Gesetzen übereinstimme, dass (scil. den im Pflichttheil verletzten Söhnen) die Befugniss ertheilt werde, eine Klage ad exemplum inofficiosi gegen die übermässige dos anzustellen, „ut filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur." Es ist nun das nächstliegende, den Worten „emolumenta debita" die gleiche Bedeutung beizulegen, wie den Worten „debitum bonorum subsidium" in l. 5 C. h. t.; diese bezeichnen aber zweifellos den Pflichttheil, und daher erscheint auch die Annahme gerechtfertigt, dass mit emolumenta debita der Pflichttheil bezeichnet werden sollte. Zimmern (S. 74) nimmt an, dass emolumenta debita soviel bedeute, wie debita oder legitima portio, legitima pars, und will er hierunter die Intestaterbportion verstehen. Hierfür hat er sich auf die dem Codex Theodosianus beigefügte Interpretation berufen, durch welche, wie Marcusen (S. 28) mit Recht annimmt, gar nichts

bewiesen würde, da diese Interpretation für uns nicht massgebend sein kann, ganz abgesehen davon, dass diese Ausdrücke durchaus nicht immer zur Bezeichnung des Intestaterbtheils, sondern oft auch zur Bezeichnung des Pflichttheils gebraucht werden. So wird portio debita mit l 8 § 11 D. de inoff. test. 5, 2 und pars legitima in Nov. 39 c. 1 — auf welche Stelle Zimmern sich merkwürdiger Weise zum Beweise für seine Ansicht beruft, — und in Nov. 92 c. 1 zur Bezeichnung des Pflichttheils gebraucht.

Breidenbach will (Archiv f. civil. Praxis 28 S. 46) dem Ausdrucke emolumenta debita keine technische Bedeutung beilegen, derselbe bedeute nur: „der Antheil der Erbschaft, den sie verlangen können", womit weder bestimmt der Pflichttheil noch ausdrücklich die Intestatportion bezeichnet werde. Die Stelle würde somit aussprechen: „die Söhne erhalten eine Klage nach dem Beispiel des pflichtwidrigen Testaments gegen die pflichtwidrige dos und empfangen den ihnen hiernach zukommenden Antheil." Auch durch diese Erklärung wird kein Beweis gegen die von uns vertretene Ansicht erbracht, das, was den Söhnen zukommt, ist eben nichts anderes als der Pflichttheil. (So auch Marcusen S. 28).

Für den Fall, dass man den Worten „emolumenta debita" keinen technischen Sinn beilegen sollte, schliesst Breidenbach sich der Ansicht Zimmern's an, dass diese Worte mit dem Ausdruck „portio debita" gleichbedeutend seien, welcher auch zur Bezeichnung der Intestaterbportion gebraucht werde, wie die l. 2 C. h. t. zeige. Die Berufung auf diese Stelle ist übrigens, wie Marcusen S. 28 hervorgehoben hat, ganz unzulässig, denn hier ist nicht das Wort „debita portio", sondern „debita ab intestato portio" gebraucht, welcher Ausdruck freilich nichts anderes bedeuten kann, als die Intestaterbportion.

Hille (S. 56 ff.), welcher nicht bestreitet, dass durch die Worte „emolumenta debita" der Pflichttheil bezeichnet werde, hat die Behauptung aufgestellt, dass es sich hier nur um den Fall handle, wo eine Mutter ihr Vermögen vor Eingehung der Ehe ihrem Manne zur dos gegeben habe, es solle dann den Kindern, welche nun noch nachträglich geboren würden, eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils nach Analogie der in l. 5. C. h. t. dem Schenker selbst gewährten Klage auf Rückforderung der Schenkung bis zum Betrage des Pflichttheils der nach der Dosbestellung geborenen Kinder gegeben werden. Dies ist aber eine ganz willkürliche Annahme (Mühlenbruch 36 S. 107 ff.; Breidenbach a. a. O. 28 S. 47; Vangerow § 482 S. 282; Marcusen S. 28).

Endlich wird für unsere Ansicht auch noch ein unwiderleglicher Beweis durch die Nov 92 c. 1 erbracht. In derselben hat Justinian angeordnet, dass Kinder, welche von ihrem Vater bei dessen Lebzeiten übermässig beschenkt sind, ihren Geschwistern den Pflichttheil ergänzen sollen. Eine genauere Interpretation dieser Novelle haben wir oben S. 52 ff. gegeben.

Zimmern nimmt an, dass diese Novelle auf Descendenten des Schenkenden zu beschränken sei und zwar auf den Fall, wo ihnen wenigstens etwas hinterlassen ist und erblickt hierin eine eigenthümliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils. Diese Ansicht ist aber schon aus dem Grunde nicht haltbar, weil aus der Novelle selbst klar hervorgeht, dass Justinian hier gar nichts neues verordnen wollte, denn er sagt: „et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit"; er wollte lediglich eine Interpretation der schon bestehenden Vorschriften über die querela inofficiosae donationis geben.

Hille (S. 62) und Breidenbach (a. a. O. 28 S. 48 ff.) nehmen an, dass Justinian bei der Einführung der actio suppletoria durch die l. 30 C. de inoff. testam. 3, 28 diese Klage von vorneherein auch auf die querela inofficiosae donationis habe ausdehnen wollen für alle Fälle, wo dem Notherben wenigstens etwas verblieben sei, und dass er dies in Nov. 92 nur noch einmal ausdrücklich betont habe, um alle Zweifel in dieser Beziehung zu heben. Jedoch kann auch diese Meinung nicht gebilligt werden. Bei Einführung der actio suppletoria ging Justinian von dem Grundgedanken aus, das Testament als letztwillige Verfügung möglichst aufrecht zu erhalten, damit die von diesem zu Erben Bestimmten auch wirklich die Erbschaft erhielten, wenn auch in geringerem Umfange, als der Erblasser ihnen zugedacht hatte, während die querela inofficiosi testamenti hier zur Vernichtung des Testaments geführt hätte. (L. 30 C. de inoff. testam. 3, 28: „omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus"). Wie Schröder S. 540 mit Recht annimmt, lag zu einer derartigen Schonung der pflichtwidrigen Schenkung, welche ja keine letztwillige Verfügung, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist, absolut kein Grund vor, und es müssten daher diejenigen, welche als Wirkung der querela inofficiosae donationis gänzliche Rescission der Schenkung annehmen, auch dort die ganze Schenkung rescindiren, wo dem Verletzten etwas geblieben ist. — Die actio suppletoria ist ferner auf Ergänzung des Pflichttheils aus dem Nachlasse gerichtet und geht gegen den Erben, die querela inofficiosae donationis dagegen ist gerichtet auf Rescission einer an sich gültigen Schenkung und geht gegen den Singularsuccessor des Schenkers. Daher ist eine Ausdehnung der actio suppletoria

auf die querela inofficiosae donationis auch nicht zulässig.

Wenn die querela inofficiosae donationis für den Fall, dass dem Notherben etwas verblieben ist, auch entschieden grosse Aehnlichkeit mit der actio suppletoria hat, so bestehen doch zwischen den beiden Klagen grosse Verschiedenheiten, bei jener ist die Verjährungsfrist 5 Jahre, bei dieser 30 Jahre, jene geht, ohne vorbereitet zu sein, auf die Erben nicht über, wohl aber diese. (Mühlenbruch 36 S. 127—129; Schröder S. 544; Brinz 2. Aufl. § 405 n. 55; Marcusen S. 37—39).

Das wichtigste Argument, auf welches sich diejenigen berufen, welche Rescission der Schenkung im Ganzen oder doch bis zum Betrage der Intestaterbportion annehmen, ist die in verschiedenen Quellenstellen und vor Allem in l. 9 C. h. t. betonte Aehnlichkeit der querela inofficiosae donationis mit der querela inofficiosi testamenti. Hieraus ziehen unsere Gegner den Schluss, dass beide Klagen auch in ihren Wirkungen einander gleich sein müssen. Es ist dies aber nirgends in den Quellen ausdrücklich vorgeschrieben, es ergiebt sich aus denselben nur, dass die querela inofficiosae donationis nach Analogie der querela inofficiosi testamenti eingeführt ist, was auch durchaus nicht bestritten werden soll, ist doch bei beiden Klagen der Grund der gleiche, wie in l. 9 C. h. t. ausdrücklich hervorgehoben ist: „et sit in hoc actionis utriusque una causa vel similis aestimanda." Aus dieser Analogie folgt aber keineswegs, dass auch die Wirkung der beiden Klagen eine gleiche sein muss (cf. oben § 2 S. 13), Mühlenbruch S. 103; Kritz S. 113; Francke S. 501 ff.; Schröder S. 519, 537; Marcusen S. 7). Bei Anstellung der querela inofficiosi testamenti musste, wie wir in § 2 gesehen haben, das Testament in seinem ganzen Umfange rescindirt werden, die noth-

wendige Folge davon war, dass der Kläger nun als Intestaterbe seine Intestaterbportion erhielt.

Mit der querela inofficiosae donationis wird ein an sich gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden angefochten; es gilt hier der zuerst von Vinnius aufgestellte Grundsatz: „utile per inutile non vitiatur", d. h. wenn ein Rechtsgeschäft etwas nur theilweise gestattet, so tritt bei Ueberschreitung des erlaubten Masses nicht Unwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts ein, sondern dasselbe wird nur soweit aufgehoben, als jenes Mass überschritten ist. Cf. l. 29 D. de usur. 22, 1: „placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adjectum est pro non adjecto haberi et licitas peti posse." Ferner l. 34 pr, l. 36 C. de donat 8, 53. So auch Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 4 S. 168; Francke S. 531; Mühlenbruch 36 S. 114; Marcusen S. 8; Kritz S. 114.

Dass die Kaiser, auch wenn sie die Analogie der beiden Klagen betonten, dennoch nicht Gleichheit in den Wirkungen derselben eintreten lassen wollten, ergiebt sich ganz zweifellos aus l. 8 C. pr. h. t.: „quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur" und nicht minder aus l. un. C. de inoff. dot. 3, 30: „concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti copia tribuatur et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur." Beide Stellen sind oben interpretirt worden; obgleich hier die Analogie mit der querela inofficiosi testamenti ausdrücklich hervorgehoben ist, wird doch erklärt, dass nur Rescission bis zum Belaufe des Pflichttheils der Kläger eintreten solle.

Weiter haben sich die Gegner der von uns vertretenen Ansicht auf 2 andere Stellen, die l. 87 § 3 D. de legat. II und die l. 4 C de contr. empt. 4, 38 berufen.

In l. 87 § 3 D. de legat. II führt Paulus ein Rescript des Kaisers Alexander Severus an den praefectus urbi Claudianus Julianus an. Der dem Kaiser zur Entscheidung vorgelegte Fall ist folgender: Eine Grossmutter hat ihr ganzes Vermögen an einen Enkel weggeschenkt, so dass ihr 2. Enkel bei ihrem Tode seinen Pflichttheil nicht erhält. Hier rescribirt nun der Kaiser: „ratio deposcit, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari." Es soll nun gar nicht bestritten werden, dass hier mit klaren Worten die Rescission der pflichtwidrigen Schenkung zur Hälfte, also bis zum Belaufe der Intestaterbportion des verletzten Enkels ausgesprochen ist. Den von einigen Schriftstellern in älterer Zeit gemachten Versuch, dieser Stelle den Sinn zu geben, dass hier die Schenkung nur bis zum Belaufe des Pflichttheils rescindirt werden solle, indem sie interpretirten, die Worte „pro dimidia parte revocari" bedeuteten soviel, als „pro dimidia parte quartae revocari," können wir nicht billigen, da uns diese Interpretation doch gar zu eigenmächtig zu sein scheint.

Kritz S. 119 ff. und Marcusen S. 33 nehmen an, dass dies Rescript niemals allgemeine Gültigkeit gehabt habe. Marcusen begründet diese Ansicht in folgender Weise: in der Zeit bis zum Verfallen der klassischen Jurisprudenz hätten die Kaiserrescripte durchaus nicht alle den Character von rescripta juris gehabt, was sich aus der hervorragenden Stellung, welche die Rechtsgelehrten, prudentes, damals eingenommen hätten, erkläre. Daher sei der Umstand, dass Paulus dies Rescript anführe, noch nicht beweisend für dessen Allgemeingültigkeit, er führte dies Rescript nur an als ein Citat für seine Ansicht; die Compilatoren hätten dann das Rescript blos als historische Reminiscenz aufgenommen.

Wir sind aber der Ansicht, dass es gar nicht darauf ankommt, ob dieses Rescript ein allgemein-

gültiges gewesen ist oder nicht. Wollte man ersteres annehmen, so erscheint die Annahme doch sehr gut begründet, dass sich später der Kaiser über die Wirkung der querela inofficiosae donationis geändert hat, und hierfür spricht entschieden auch der Umstand, dass Justinian dies Rescript nicht mit in den Codextitel de inoff. don. aufgenommen hat, was doch wahrscheinlich wohl geschehen wäre, wenn Justinian demselben auch für die spätere Zeit hätte Gültigkeit beimessen wollen. (Mühlenbruch 36 S. 42—53, S. 110; Francke S. 523 und 524; Kritz S. 119—123; Vangerow § 482 S. 282; Schröder S. 533, 537; Marcusen S. 31—37).

Die l. 4 C. de contr. empt. 4, 38 endlich ist ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian Der Anfragende hat von einer Frau Sachen geschenkt erhalten und sie dann dem Erben, dem Sohn der Schenkerin abgekauft. Auf seine Anfrage rescribiren ihm die Kaiser, er müsse einsehen, dass er nicht aus doppeltem Titel besitzen könne, denn er sei durch Schenkung und Tradition Eigenthümer geworden und habe daher ungültigerweise gekauft, da ein Kauf einer eigenen Sache nicht gültig sei. Der Kauf könne ihm nur dann nützen, wenn bewiesen würde, dass er durch die Schenkung nicht Eigenthümer geworden sei. Dann heisst es weiter: „sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis, ad hoc a filio facta venditio rerum maternarum adferre perfecta etiam donatione poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare." Es ist hier allerdings ausgesprochen, dass der Erbe die querela inofficiosae donationis anstellen könne, da das ganze Vermögen von der Erblasserin verschenkt sei.

Zimmern (S. 67) behauptet, dass in dieser Stelle die Rescission der ganzen Schenkung ausgesprochen sei, ohne jedoch seine Meinung näher zu begründen.

Breidenbach (Archiv f. civil. Pr. 28 S. 43 ff.) ist der Ansicht, das Wort „haec“ am Schlusse der l. 4 cit. könne nur auf omnia bona donata et tradita bezogen werden, demnach könne der Erbe die ganze Schenkung zurückfordern, und wenn man einwenden wolle, wie Vangerow (§ 482 S. 282), es gehe aus der l. 4 cit. nicht hervor, dass das ganze Vermögen der Mutter auch verkauft worden sei, so sei diese Annahme irrig. Denn „res maternae“ sei ein technischer Ausdruck für die Bezeichnung des mütterlichen Vermögens. Zum Beweise für die Behauptung hat Breidenbach sich auf eine Reihe von Quellenstellen berufen, nämlich l. 78 D. de her. inst. 28, 5; l. ult. D. ad S. Cf. Trebell 36, 1; l. 86 § 2 D. de acquir. vel omit. hered 29,2; auf die Ueberschrift des Codextitels 6, 60 und auf die l. 4 in diesem Titel. Nun ist aber, wie Marcusen S. 30 richtig hervorgehoben hat, in den citirten Stellen, auch in dem Codextitel 6, 60 nicht von res maternae die Rede, sondern von bona materna, nur in l. 4 C. 6, 60 ist der Ausdruck „res maternae“ gebraucht, der in dem Zusammenhange, wie er hier steht, allerdings nicht gut anders übersetzt werden kann, als „mütterliches Vermögen“. Dadurch ist aber gewiss nicht der Beweis erbracht, dass res maternae ein technischer Ausdruck zur Bezeichnung des mütterlichen Vermögens unter allen Umständen sein müsse, es erscheint vielmehr nicht ausgeschlossen, dass unter „res maternae“ auch einzelne Sachen aus dem Vermögen der Mutter gemeint sein können. Durch die Worte: „quoniam omnia bona tibi donata et tradita dicis“ soll doch wohl nur angedeutet werden, dass eine pflichtwidrige Schenkung hier vorliegt; es ist auch durchaus nicht nöthig, das „haec“ auf „omnia bona“ zu beziehen, man kann es ebensogut auf die gekauften Sachen hinweisen lassen; der Umstand, dass hier das Neutrum gebraucht worden ist, steht

dem gar nicht entgegen, die Kaiser wollten damit nur „die Sachen, soweit sie gekauft sind" bezeichnen, an eine Rückbeziehung auf die res maternae braucht gar nicht gedacht zu sein. In dieser Stelle würde demnach nur ausgesprochen sein, dass dem Anfragenden die Sachen, soweit er sie gekauft habe, nicht entzogen werden könnten; die Wirkung der querela inofficiosae donationis sollte hier überhaupt nicht bezeichnet werden. Dafür, dass nicht das ganze mütterliche Vermögen von dem Anfragenden gekauft ist, spricht der Umstand, dass es am Eingange dieser Stelle heisst: „cum res donatas ab herede donatricis distractas esse proponas", es fehlt jeder Hinweis darauf, dass auch das ganze Vermögen verkauft ist. Francke (S. 530) und Schröder (S. 538) erblicken in dem Kauf einen Vergleich zwischen dem Anfragenden und dem erbenden Sohne, doch bedarf es, wie auch Mühlenbruch S. 113 annimmt, nach dem Vorgetragenen eines solchen gar nicht mehr.

(Francke S. 529-531; Kreitz S. 117—119; Schröder S. 538; Vangerow § 482, S. 282; Marcusen S. 29—31.)

Breidenbach (Archiv für civil. Prax. 27 S. 355) hat sich nach dem Vorgange Faber's für die von ihm vertretene Ansicht, dass die querela inofficiosae donationis die Schenkung bis zur Intestatportion rescindire, darauf berufen, dass es mit dem Geiste des römischen Rechts in Widerspruch stehe, dass derjenige, der in fraudem legis handle, seinen Zweck auch nur theilweise erreiche. Dies ist im Allgemeinen zwar richtig, da meistens die Rechtsordnung das ganze in fraudem legis vorgenommene Geschäft nicht gewollt hat, hier aber hätte die Schenkung soweit sie den Pflichttheil nicht verletzt, überhaupt nicht angefochten werden können; es fehlt daher auch an jedem Grunde, hier eine Rescission über den Pflichttheil hinaus eintreten zu lassen. (Cf. Marcusen S. 10).

Es wird also die Schenkung soweit rescindirt, als es nothwendig ist, damit der Kläger seinen Pflichttheil erhält. In diesem Sinne sprechen sich auch eine Reihe von Entscheidungen aus: Entsch. des OAG. Kiel vom 16. VIII. 1854 in Seuffert's Archiv Bd. 9 Nr. 193; Entschdg. des OAG. Darmstadt, mitgetheilt von Stammler im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, n. F. Bd. 8 S. 114, Entschdg. des OLG. Rostock in der Mecklb. Zeitschrift Bd. 6, S. 42, Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 4 S. 168. Vgl. hierüber auch Koeppen, Erbrecht S. 677 Anm. 1.

Die querela inofficiosae donationis ist ein Anspruch auf Herausgabe dessen, was zuviel verschenkt worden ist. Es muss also eigentlich der Gegenstand der Schenkung in Natur herausgegeben werden, doch wird man mit Francke S. 533 und Schröder S. 507 dem Beklagten das Recht einräumen müssen, den Kläger in Geld abzufinden, besonders in Fällen, wo es sich um antheilige Herausgabe eines Gegenstandes handelt.

Auf die Haftung des Beklagten sind die Regeln über die actio Pauliana, wenngleich diese Klage entschieden Aehnlichkeit mit der querela inofficiosae donationis hat, aus dem Grunde nicht anwendbar, weil die actio Pauliana auf den dolus des Gläubigers gegründet ist, während dolus des Schenkers bei der querela inofficiosae donationis nicht gefordert wird. Dagegen wird man nach unserer Ansicht hier analoge Anwendung der Vorschriften über den Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung eintreten lassen dürfen. Demnach haftet der Beklagte nur, soweit er noch bereichert ist; weiss er aber, dass er die Schenkung herausgeben muss und ist der Gegenstand derselben weiter durch seine culpa oder durch seinen dolus untergegangen, so haftet er trotz Wegfalls der Bereicherung. l. 32 pr. l. 26 § 12; l. 65 § 8 D. de cond. indel. 12, 6;

l. 39 D. de mort. e. don. 39, 6. (Windscheid § 424 Note 3).

Auf die Früchte des geschenkten Gegenstandes erstreckt sich die Pflicht zur Herausgabe erst, soweit dieselben nach dem Tode des Schenkers gezogen sind, da derselbe ja auch über die Früchte bei Lebzeiten frei verfügen kann, ohne dass der Notherbe sich hierdurch an seinem Pflichttheil verletzt fühlen darf. (Mühlenbruch 36 S. 129; Francke S. 533).

Der Umfang der Haftung des Beschenkten richtet sich übrigens nach dem Zeitpunkte der Schenkung, derselbe kann sich auch durch nachträgliche Vermögensverminderung nicht vergrössern, ebensowenig wie eine im Zeitpunkt der Vornahme überhaupt nicht pflichtwidrige Schenkung durch nachträgliche Vermögensverminderung anfechtbar werden kann. Anderer Meinung ist Schröder, er sagt S. 525 u., dem Beschenkten komme bei der Bestimmung des Forderungsgegenstandes jede demnächstige Vermehrung des Vermögens und jede den Pflichttheil mindernde Aenderung in Ansehung der pflichttheilsberechtigten Personen zu gut, dementsprechend müsse zu seinen Ungunsten auch die nachfolgende Minderung des Vermögens in Anschlag gebracht werden, jedoch erscheint uns diese Begründung nicht als genügend. Die von uns vertretene Ansicht wird vertheidigt von Mühlenbruch S. 121 und Seuffert § 664 n. 10.

§ 8.

Ausschluss der querela inofficiosae donationis.

1. Hat der Notherbe sich schlecht und undankbar gegen den Erblasser betragen, so kann er, wenn er durch Schenkungen desselben im Pflichttheil verletzt ist, sich nicht darüber beschweren, ebensowenig wie er in diesem Falle, wenn er letztwillig von der Erbschaft ausgeschlossen wäre, die querela inofficiosi testamenti geltend machen könnte. Dies folgt aus

der Analogie mit der Testamentsquerel, wenn dem Erblasser im Falle der Undankbarkeit seines Notherben das Recht zusteht, demselben letztwillig seinen Pflichttheil zu entziehen, so muss es ihm auch gestattet sein, dies durch Verfügungen unter Lebenden zu thun. Denn der Grund beider Klagen ist der gleiche, die Lieblosigkeit des Erblassers. Hat der Notherbe sich aber schlecht gegen den Erblasser betragen, so handelt der Erblasser nicht lieblos, wenn er ihm den Pflichttheil entzieht, er hat einen gerechtfertigten Grund hierzu. Es ist dies auch weiter ausdrücklich in Nov. 92 c. 1 § 1 vorgeschrieben: „Haec itaque dicimus de filiis gratis, et quibus pater justam et legitimam ingratitudinem infert. Nam si hoc ita se habere apparuerit et approbentur ingratitudinis causae, sint ea, quae in lege de ingratis posita sunt, rata, nihil hac nostra legislatione minuenda."

Da hier die Verletzung des Pflichttheils durch Rechtsgeschäft des Schenkers unter Lebenden, nicht durch letztwillige Verfügung erfolgt, kann die Angabe eines Ausschliessungsgrundes nicht gefordert werden, welche auch, wie Schröder S. 542 mit Recht annimmt, in einem Rechtsgeschäft unter dritten Personen gar keine schickliche Stelle finden würde.

Hat der Erblasser ein Testament gemacht und dem Notherben etwas in demselben zugewandt, ohne hinzuzusetzen, dass er nicht mehr wegen seines Betragens verdiene, so kann unter Umständen hierin eine Verzeihung liegen, so dass der Beschenkte sich dann auf die Undankbarkeit nicht mehr berufen kann, jedoch lässt sich eine bestimmte Regel hierüber nicht aussprechen (Seuffert § 664 n. 13).

Seit der Nov. 115 müssen die dort in c. 3 und 4 angeführten Ausschliessungsgründe auch für die querela inofficiosae donationis gelten, soweit Ascendenten und Descendenten in Betracht kommen. Da

Geschwistern jedoch auch nach Einführung der Nov. 115 im Falle der Verkürzung durch letztwillige Verfügung noch die alte querela inofficiosi testamenti zusteht, welche keine besonderen Ausschliessungsgründe kennt, so hat auch im Falle ihrer Verkürzung durch Schenkung unter Lebenden an eine turpis persona das richterliche Ermessen darüber zu entscheiden, ob die Ausschliessung gerechtfertigt ist oder nicht.

Den Beweis des Ausschliessungsgrundes hat der Beklagte zu führen, dies folgt nicht nur aus der Nov. 115, die im Jahre 442 erlassen ist, sondern schon aus der Nov. 92 c. 1 § 1 vom Jahre 439, und wir dürfen daher darauf schliessen, dass auch im Falle der Verletzung von Geschwistern durch die Schenkung, der beschenkten turpis persona der Beweis des Ausschliessungsgrundes obliege, ohne dass wir auf die Streitfrage einzugehen brauchen, ob bei der querela inofficiosi testamenti der Anfechtende den Beweis seines Wohlverhaltens zu erbringen hat Windscheid § 583 n. 5; Arndts a. a. O. S. 101 n. 115; Vangerow § 478 Anm. 3), oder ob der Beklagte den Ausschliessungsgrund zu beweisen habe (Dernburg III § 153 n. 5; Schröder S. 350 ff.; Francke S. 292; Koeppen, Erbrecht § 102 S. 676), welche letztere Ansicht uns allerdings die richtigere zu sein scheint.

Cf. Glück 7 S. 178; Arndts a. a. O. S. 170 n. 409; Francke S. 534; Windscheid § 586 n. 11; Schröder S. 541.

2. Ein Verlust der querela inofficiosae donationis tritt auch durch die Vollendung der Verjährung ein. Die Verjährungsfrist ist die gleiche, wie bei der querela inofficiosi testamenti, beträgt also 5 Jahre. Dies folgt aus der Analogie der Testamentsquerel und wird auch ausdrücklich durch die l. 6 C. h. t. bestätigt: „sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel

similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.“ Da die querela inofficiosae donationis erst nach dem Tode des Schenkers vom Notherben angestellt werden kann, so kann die Verjährung auch erst von diesem Zeitpunkte an zu laufen beginnen. Während aber Justinian für die Testamentsquerel aus Zweckmässigkeitsrücksichten ausdrücklich in l. 36 § 2 C. de inoff. test. 3, 28 verordnet hat, dass die Verjährung erst mit der Antretung der Erbschaft beginnen solle, kommt es bei der querela inofficiosae donationis für die Verjährung auf den Zeitpunkt der Antretung gar nicht an, da die Klage nicht gegen den Erben als solchen, sondern gegen den Singularsuccessor geht. Bei Minderjährigkeit des Klägers beginnt der Ablauf der Verjährung erst nach Eintritt der Volljährigkeit (l. 2, l. 5 C. in quib. cuus. 2, 40). (Cf. Glück 7 S. 176; Francke S. 534; Windscheid § 586 n. 14; Arndts a. a. O. S. 173 n. 410; Schröder S. 544).

3. Die querela inofficiosae donationis erlischt mit dem Tode des Berechtigten und geht nicht auf die Erben über. Dies folgt aus der Analogie unserer Klage mit der Testamentsquerel und vor Allem daraus, dass die querela inofficiosae donationis, wie wir oben § 2 a. E. gezeigt haben, eine actio vindictam spirans ist. Aber ebenso, wie ein Uebergang der querela inofficiosi testamenti auf die Erben dann stattfindet, wenn der Berechtigte irgendwie seinen Entschluss an den Tag gelegt hat, von der Klage Gebrauch zu machen, dieselbe vorbereitet hat (l. 7 D. de inoff. test. 5, 2; l. 5, l. 34, l. 36 § 2 C. de inoff. test. 3, 28), muss man auch bei der querela inofficiosae donationis annehmen, dass, wenn der Berechtigte dieselbe vorbereitet hat, ein Uebergang auf die Erben stattfindet, da kein Grund vorliegt, hier von der Analogie jener Klage abzuweichen. (Arndts a. a. O. S. 170 n. 411; Schröder S. 545;

Koeppen, Erbrecht § 102 S. 674). Ebenso wird man auch nach Analogie der Vorschrift Justinian's für die Testamentsquerel in l. 34 C. de inoff. test. 3, 28 einen Uebergang der querela inofficiosae donationis auf die Descendenten des Querelberechtigten, auch ohne dass die Klage vorbereitet ist, annehmen können.

Dernburg III § 156 n. 15 nimmt Vererblichkeit der querela inofficiosae donationis an und folgert dies daraus, dass diese Klage eine Dolusklage sei, doch haben wir im § 6 nachgewiesen, dass letzteres nicht der Fall ist, und müssen daher auch die Ansicht, dass die Klage vererblich sei, verwerfen.

4. Weiter wird unsere Klage durch einen gültigen Verzicht verloren. Ein solcher Verzicht war nach römischem Recht bei Lebzeiten des Erblassers unverbindlich (l. 35 § 1 C. de inoff. test. 3, 28), nach heutigem Recht dagegen muss man einem bei Lebzeiten desselben erklärten Verzicht auch rechtsverbindliche Kraft beimessen, ebenso wie einem solchen Verzicht gegenüber der querela inoff. test. heutzutage volle Verbindlichkeit zuerkannt wird (Windscheid § 585 n. 1, Buchka und Budde, Entsch. Bd. 5 S. 370 ff.).

Dem Verzichte gleich steht die Anerkennung. Dies ist ausdrücklich ausgesprochen in l. 6 C. h. t.: Ein Vater hat durch pflichtwidrige Schenkungen an einen seiner beiden Söhne den Pflichttheil des anderen verkürzt. Dem letzteren rescribiren nun auf seine Anfrage die Kaiser Diocletion und Maximian, ihm stehe die querela inofficiosae donationis zu, „si voluntatem ejus (des Vaters) non agnovisti". Jede Handlung des Notherben, in welcher sich irgendwie eine Anerkennung der Handlungsweise seines Erblassers documentirt, hebt die querela inofficiosae donationis auf, ebenso wie auch jede Handlung des Notherben, welche als Anerkennung des pflicht-

widrigen Testaments aufzufassen ist, die querele inofficiosi testamenti ausschliesst. Dies folgt mit daraus, dass die querela inofficiosae donationis ebenso, wie die Testamentsquerel eine actio vindictam spirans ist; aus dem Verhalten des Notherben ergiebt sich, dass er sich durch die ihn verletzende Handlung seines Erblassers nicht allzusehr gekränkt fühlt. Das OG. Wolfenbüttel erblickt in der vorbehaltlosen Annahme von Kaufgeldern seitens eines Kindes, welches durch eine seitens seines Erblassers mit einem anderen Kinde abgeschlossene emtio venditio mixta cum donatione in seinem Pflichttheil verletzt ist, aus diesem verletzten Rechtsgeschäft eine Anerkennung der Schenkung und spricht daher dem verletzten Kinde die querela inofficiosae donationis ab. (Seuffert's Archiv Bd. 17 No. 76.) Vgl. weiter Schröder S. 542 ff.; Seuffert § 664 a. E.; Koeppen, Erbrecht § 102 S. 677.

5. Endlich ist die querela inofficiosae donationis ausgeschlossen, wenn dem verletzten Notherben ein anderes Rechtsmittel offensteht, um zu seinem Pflichttheil zu gelangen. Dies folgt aus der Analogie mit der querela inofficiosi testamenti, denn für diese Klage ist die Subsidiarität bestimmt durch § 2 J. de inoff. test. 2, 18. Es geht aber ferner auch aus l. 4 und 6 C. h. t. hervor. In l. 4 h. t. wird einer Mutter, welche durch pflichtwidrige Schenkungen ihres Sohnes verletzt ist, rescribirt, dass der praeses provinciae ihr helfen solle, wenn nach seiner Ansicht ihr die restitutio in integrum aus der Person des Sohnes zustände, dasjenige zu beseitigen, was übermässig geschenkt sei. Es heisst dann weiter: „ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti". Nach Schröder S. 546 und Windscheid § 586 n. 14 könnte dies „non est necessarium" allerdings Zweifel darüber erregen, ob hier nicht etwa gesagt

sein solle, die querela inofficiosae donationis sei hier zwar nicht nothwendig, aber doch event. anwendbar, trotzdem hier die in integrum restitutio zustehe, sodass nur gesagt werden solle, dass die querela inofficiosae donationis zur Ergänzung der Lücken des formellen Notherbenrechts bestimmt sei. Schröder hat nachgewiesen, dass die l. 4 cit. aus der constitutio 282 der Fragmenta Vaticana stamme und dass dort der Schlusssatz fehle, er nimmt daher an, dass dieser Schlusssatz von den Compilatoren hinzugefügt sei, um das Rescript zur Aufnahme in den Titel de inoff. don. auch sachlich tauglich zu machen. Die Rücksicht auf die Entstehung des Satzes müsse das Urtheil begründen, wenn Justinian das Rescript sagen lasse: „Du bedarfst der Querel nicht", so habe er damit die Frage nicht berührt' ob die Mutter auf Verlangen zur Querel zugelassen werde.

Wir sind jedoch der Ansicht, dass jeder Zweifel über die unbedingte Subsidiarität der querela inofficiosae donationis durch die l. 6 C. h. t. aufgehoben wird. Hier wird der Anfragenden, welche durch pflichtwidrige Schenkungen ihres Vaters, die dieser bei Lebzeiten an ihren Bruder gemacht hat, in ihrem Pflichttheil verletzt ist, rescribirt, dass ihr der praeses provincae die querela inofficiosae donationis gewähren solle, „si nec beneficio aetatis adversus haec juvari poteris."

Im Zusammenhange mit dieser Stelle wird man auch die l. 4 cit. in dem Sinne auffassen können dass auch hier die unbedingte Subsidiarität der querela inofficiosae donationis ausgesprochen ist. (Für die Subsidiarität auch Koeppen. Erbrecht S. 677).

II. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 9.

Einleitung.

Ebenso wie das gemeine Recht, hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch auf den Standpunkt gestellt, dass Niemand weder von Todeswegen, noch durch Schenkungen unter Lebenden, frei über sein ganzes Vermögen verfügen kann. Er muss vielmehr einen bestimmten Theil seines Vermögens gewissen nahen Verwandten, den sogenanten Pflichttheilsberechtigten, zukommen lassen, dieselben haben gewissermassen schon bei Lebzeiten des Erblassers ein Anrecht auf eine Quote seines Vermögens. In dieser Beschränkung der Verfügungsfreiheit gelangt die sittliche Verpflichtung des Einzelnen seinen Angehörigen gegenüber zur Anerkennung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist aber nicht dem gemeinen Rechte gefolgt, welches die Schenkungen unter Lebenden nur dann angreift, wenn zur Zeit der Schenkung der Pflichttheil verletzt ist, sondern hat sich vielmehr dem französischen Rechte angeschlossen (C. c. art. 922), welches die bei Lebzeiten gemachten Schenkungen dem Nachlasse zuzählt und aus der so gefundenen Summe den Pflichttheil berechnet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 2325 Abs. 1: „Hat der Erblasser einem Dritten eine

Schenkung gemacht, so kann der Pflichttheilsberechtigte als Ergänzung des Pflichttheils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichttheil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird."

Das Gesetz spricht hier von einer „Ergänzung des Pflichttheils." Der eigentliche Pflichttheil berechnet sich also aus dem wirklich vorhandenen Nachlasse, die Ergänzung aus der Summe aller vom Erblasser gemachten Schenkungen. Diese Ergänzung des Pflichtheils nennt der Entwurf I den „ausserordentlichen Pflichttheil." Diese Bezeichnung ist zwar in die Litteratur übergegangen, aber von dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht beibehalten worden, und zwar mit Recht. Denn es giebt nur einen Pflichttheil, es ist, wie Francke (Notherbenrecht S. 504) sagt (cf. oben S. 33) unmöglich, 2 verschiedene Pflichttheile bei derselben Person anzunehmen, einen, welcher letztwillig, und einen anderen, welcher durch Schenkungen unter Lebenden nicht lädirt werden kann. Es wäre entschieden einfacher und besser gewesen, wenn das Gesetz die Bestimmung aufgenommen hätte, dass der Pflichttheil berechnet werden müsse aus dem Nachlasse unter Hinzurechnung der vom Erblasser bei Lebzeiten gemachten Schenkungen. Auf diesem Standpunkt steht auch Endemann in seinem Gutachten für den 20. Deutschen Juristentag, S. 46–69, derselbe, Einführung in d. Studium des B. G. B. Hb. S. 606 Anm. 2 Abs. 3).

Auch Reatz, Gutachten für den 20. Deutschen Juristentag, S. 85, erklärt: „es entspricht der sittlichen Gerechtigkeit durchaus, wenn die Ethik dem Vater das Recht einräumt, die Hälfte seines Vermögens durch freigebige Verfügungen unter Lebenden oder von Todeswegen den Kindern zu entziehen, ihm aber die Pflicht auferlegt, die andere Hälfte seinen Kindern zu hinterlassen."

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit dem Institut der Ergänzung des Pflichttheils wegen Schenkungen ein völlig neues Rechtsinstitut geschaffen, welches sowohl von dem französischen Rechte, welches doch gewissermassen seine Grundlage bildet, wie auch von dem gemeinen Rechte völlig abweicht.

Nach dem gemeinen Rechte wurde blos auf die Zeit der Schenkung gesehen, war in diesem Zeitpunkt der Pflichttheil nicht verletzt, so konnte der Pflichttheilsberechtigte, auch wenn sich das Vermögen des Erblassers nach der Schenkung verminderte, die Schenkung nicht anfechten. Insofern ist das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Pflichttheilsberechtigten günstiger, er kann bei späterer Verminderung des erblasserischen Vermögens die Ergänzung seines Pflichttheils verlangen.

Während nach gemeinem Rechte die querela inofficiosae donationis sich gegen den Beschenkten richtete, geht der Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils zunächst gegen den Erben, und nur, soweit dieser zur Ergänzung nicht verpflichtet ist, kann der Pflichttheilsberechtigte von dem Beschenkten zum Zwecke seiner Befriedigung wegen des fehlenden Betrages die Herausgabe des Geschenkes fordern, und zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Im gemeinen Recht war die Frage sehr bestritten, ob zur Begründung der querela inofficiosae donationis auf Seite des Schenkers dolus vorhanden sein müsse (s. oben S. 40—46), nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs dagegen ist es völlig gleichgültig, ob der Erblasser bei der Schenkung arglistig handelte oder nicht. Dies ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen, folgt aber gerade daraus, da, wenn Arglist erforderlich wäre, dies hätte ausgedrückt werden müssen.

Auf die Lehre von der Ergänzung des Pflichttheils finden die Vorschriften über den Pflichttheil im Allgemeinen entsprechende Anwendung, dies war im § 2010 des Entwurf I ausdrücklich bestimmt.

§ 10.

Berechtigte Personen.

Nach dem gemeinen Rechte stand die querela inofficiosae donationis zu den Descendenten, den Ascendenten, sowie den Geschwistern (vollbürtigen und auch halbbürtigen, wenn sie denselben Vater hatten), den Geschwistern jedoch nur für den Fall, dass ihnen eine turpis persona vorgezogen war.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch steht der Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils auch den Pflichttheilsberechtigten zu, jedoch ist der Kreis derselben ein anderer, als nach gemeinem Rechte.

1. Die Abkömmlinge, ohne Unterschied des Grades, vorausgesetzt natürlich, dass sie wirklich auch erbberechtigt sind im Einzelfalle.

Uneheliche Kinder haben ein Pflichttheilsrecht nur gegenüber ihrer Mutter, nicht gegen ihren Erzeuger.

Durch Annahme an Kindesstatt erlangt das angenommene Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden, also auch Pflichttheilsrecht, natürlich auch für seine Abkömmlinge. Wird ein Kind von einem Ehepaare gemeinschaftlich angenommen, oder nimmt ein Ehegatte ein Kind seines Ehegatten an, so erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes beider Ehegatten (§ 1757).

2. Die Eltern, nicht jedoch die ferneren Ascendenten, wie nach gemeinem Rechte.

Den unehelichen Kindern gegenüber hat nur die Mutter Pflichttheilsrecht, nicht aber der Erzeuger.

Nach § 1759 wird durch die Annahme an Kindesstatt ein Erbrecht für den Annehmenden nicht begründet, also auch kein Pflichttheilsrecht.

3. Die Ehegatten, welchen nach gemeinem Recht kein Pflichttheilsrecht zustand. Nach gemeinem Recht stand dem überlebenden Ehegatten nur ein subsidiäres Erbrecht zu, für den Fall, dass Blutsverwandte nicht vorhanden waren, und nur die vidua indotata inops hatte Anspruch auf den vierten Theil des Vermögens ihres verstorbenen Ehegatten. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche dagegen hat der überlebende Ehegatte unter alle Umständen ein Erbrecht in das Vermögen des verstorbenen Ehegatten, und zwar erhält er neben Verwandten der ersten Ordnung ein Viertheil, neben Verwandten der zweiten Ordnung und neben Grosseltern die Hälfte der Erbschaft, und wenn weder Verwandte der ersten und zweiten Ordnung, noch Grosseltern vorhanden sind, sogar die ganze Erbschaft (§ 1931). Diese Bestimmungen entsprechen der Natur der Ehe als einer innigen Lebensgemeinschaft, denn die Ehegatten stehen sich doch wesentlich näher als entfernte Verwandte.

Soweit das gesetzliche Erbrecht geht, ist den Ehegatten auch ein Pflichttheilsrecht zuerkannt. Die Motive bemerken hierzu (V S. 384 zu § 1975 des Entwurf I): „Wird einmal dem Ehegatten ein gesetzliches Erbrecht eingeräumt, so erscheint es nur angemessen, ihm auch den Pflichttheilsanspruch nicht zu versagen.“ Matthias 3. Aufl. § 157 II S. 499.

Dagegen haben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Geschwister, welche nach gemeinem Recht allerdings auch nur in einem speciellen Falle ein Pflichttheilsrecht hatten, wie wir oben gesehen haben, keinen Anspruch auf den Pflichttheil.

Ebenfalls ist das im gemeinen Recht nach l. 5 C. de inoff. donat. 3, 29 dem Schenker eingeräumte Recht, für den Fall, dass ihm nachträglich noch

Kinder geboren werden, die Schenkung zu widerrufen, vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen worden.

Alle Personen, welchen an sich ein Anspruch auf den Pflichttheil zusteht, sind aber nur dann pflichttheilsberechtigt, wenn sie ein Recht auf die gesetzliche Erbfolge haben. Demnach hat kein Pflichttheilsrecht Derjenige, welcher gültig enterbt ist, bezw. welchem der Pflichttheil entzogen worden ist. Entzogen werden kann der Pflichttheil nur aus den in § 2333 bis § 2335 angeführten Gründen. Der Grund der Entziehung muss nach § 2336 Abs. 3 von Demjenigen bewiesen werden, welcher die Entziehung geltend macht, also jedenfalls nicht von dem beschränkten Pflichttheilsberechtigten, sondern von seinem Gegner. Nach gemeinem Recht war die Beweisslast in diesem Punkt bestritten.

Natürlich ist ebenso, wie eine völlige Entziehung des Pflichttheils auch eine theilweise Entziehung desselben oder eine Beschränkung zulässig, vorausgesetzt, dass einer der Entziehungsgründe vorhanden ist.

Die Entziehung des Pflichttheils kann nur in einer letztwilligen Verfügung erfolgen und es muss der Grund der Entziehung in dieser Verfügung ausdrücklich angegeben werden, auch muss derselbe zur Zeit der Errichtung der Verfügung bereits bestehen (§ 2336 Abs. 2). Es ist auch eine stillschweigende Entziehung des Pflichttheils zulässig, in der Weise nämlich, dass der Erblasser dem betreffenden Notherben in der letztwilligen Verfügung nichts zuwendet, jedoch muss er in derselben Verfügung in irgend einer Weise den Grund der Entziehung ausdrücklich angeben (Schiffner S. 75).

Weiter verliert auch Derjenige seinen Pflichttheilsanspruch, welcher aus einem der im § 2339 sub 1 bis 4 ausdrücklich angeführten Gründe für

erbunwürdig erklärt worden ist, oder dessen Pflichttheilsanspruch nach § 2345 Abs. 2 wegen Unwürdigkeit mit Erfolg angefochten worden ist. Nach § 2344 Abs. 1 gilt für den Fall, dass ein Erbe für erbunwürdig erklärt ist, der Anfall an ihn als nicht erfolgt.

Auch wenn der Notherbe die Erbschaft ausschlägt, ohne sich seinen Pflichttheilsanspruch vorzubehalten, verliert er denselben, da der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§ 1953).

Schliesslich verliert der Pflichttheilsberechtigte, welcher durch einen Vertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, sein Pflichttheilsrecht, da er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalles nicht mehr lebte (§ 2346 Abs. 1).

Nach § 2346 Abs. 2 kann der Verzicht auch auf das Pflichttheilsrecht beschränkt werden.

In solchen Fällen können nun an die Stelle der an und für sich Pflichttheilsberechtigten deren entferntere Abkömmlinge oder die Eltern des Erblassers treten. Der § 2309 sagt hierüber: „Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichttheilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschliessen würde, den Pflichttheil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt."

In den oben erwähnten Fällen geht dann der Pflichttheilsanspruch auf die entfernteren Abkömmlinge des ursprünglich Pflichttheilsberechtigten oder auf die Eltern des Erblassers über, weil diese Personen jetzt die nächsten gesetzlichen Erben werden. Letzteres ist allerdings nicht der Fall, wenn ein Abkömmling des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet, es erstreckt sich dann nach § 2349 die Wirkung des Verzichts auch auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderer bestimmt ist.

Im Falle des Verzichts des nächstberechtigten Abkömmlings auf das Erbrecht wird der Pflichttheilsanspruch der entfernteren Pflichttheilsberechtigten dadurch nicht vermindert, dass der auf das Erbrecht verzichtende Abkömmling trotz seines Verzichts etwas aus dem Nachlasse erhalten hat (Matthiass 3. Aufl. II S. 501 D. 1; Strohal 2. Aufl. S. 222 ff.; a. M. Böhm 2. Aufl. S. 437; Wilke, Kom. § 2309 S. 270).

Hat der Abkömmling nur auf den Pflichttheil verzichtet, so behält er sein gesetzliches Erbrecht, die entfernteren Pflichttheilsberechtigten haben also an sich keinen Pflichttheilsanspruch, dagegen haben sie, da sie den Pflichttheil nicht verlangen können, den Anspruch nach § 2309, falls sie nicht entferntere Abkömmlinge sind und der Verzicht nach § 2349 auch für sie wirkt. Ist dem verzichtenden Abkömmling doch etwas hinterlassen, so können die entfernteren Pflichttheilsberechtigten den Pflichttheil nur insoweit verlangen, als derselbe nicht durch den Werth des Zugewendeten gedeckt ist (Matthiass 3. Aufl. § 157 S. 501 D. 2).

Wenn dem pflichttheilsberechtigten Abkömmling aus den erwähnten Gründen der Pflichttheil zu einem Theile entzogen ist, so dass er ihn zum andern Theile verlangen kann, haben die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern des Erblassers Anspruch auf den Pflichttheil, soweit er den ursprünglich Pflichttheilsberechtigten entzogen ist, dieselben ihn also nicht mehr verlangen können.

Wenn dem zunächst pflichttheilsberechtigten Abkömmling nicht mehr als die Hälfte seines Erbtheils hinterlassen ist, aber beschwert durch irgendwelche Verfügungen, so gelten die Beschränkungen oder Beschwerungen als nicht angeordnet. Nimmt er an, so kann er die Ergänzung des Pflichttheils verlangen und sind die entfernteren Pflichttheils-

berechtigten daher ausgeschlossen. Schlägt derselbe aber aus, so kann er den Pflichttheil nur insoweit verlangen, als das Ausgeschlagene hinter dem Pflichttheil zurückbleibt, für ihn treten dann die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern des Erblassers ein, soweit er hiernach den Pflichttheil nicht verlangen kann, § 2306 Abs. 1. Matthiass 3. Aufl. II § 157 S. 500 B. b.

Ist dem pflichttheilsberechtigten Abkömmling mehr als die Hälfte seines Erbtheils, durch Verfügungen beschwert, hinterlassen, so kann er entweder ausschlagen und dann den Pflichttheil verlangen, oder er nimmt das ihm Hinterlassene an, in beiden Fällen haben dann nach § 2309 die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern des Erblassers keinen Anspruch auf den Pflichttheil. Vergl. Matthiass 3. Aufl. II S. 500 B. 1 b.

Ebenso können die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern des Erblassers den Pflichttheil nicht verlangen, wenn der pflichttheilsberechtigte Abkömmling mit einem Vermächtnisse bedacht ist. Derselbe kann entweder das Vermächtniss ausschlagen und dann seinen Pflichttheil verlangen. Thut er dies nicht, so steht ihm ein Recht auf den Pflichttheil nicht zu, soweit der Werth des Vermächtnisses reicht und bei der Berechnung des Werthes kommen Beschränkungen oder Beschwerungen nicht in Betracht. Ist der Pflichttheil durch das Vermächtniss nicht völlig gedeckt, so kann er den fehlenden Betrag verlangen. Matthiass 3. Aufl. II S. 500 B. 2.

Ueber das Pflichttheilsrecht der erntfernteren Abkömmlinge oder der Eltern des Erblassers cf. vor Allem Strohal, Decanatsprogramm 1899; Derselbe, deutsches Erbrecht 2. Aufl. § 50; Matthiass 3. Aufl. II § 157 S. 499 ff.; Hellmann, Krit. Viertjschr. 3. Folge Bd. III S. 227 ff.; Schiffner, Pflichttheil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Ver-

mächtnisse S. 20 ff.; Küntzel, Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts 6. Folge Bd. I S. 449 ff.; Ubbelohde, Iherings Jahrb. 2 Folge Bd. III S. 124 ff.; Böhm 2. Aufl. S 434 ff.

Es ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht nöthig, dass derjenige, welcher den Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils geltend machen will, bereits lebte zu der Zeit, als die Schenkung gemacht wurde.

Der erste Entwurf enthielt hierüber viel weitergehende Bestimmungen, wodurch der Kreis der berechtigten Personen sehr beschränkt wurde. Der § 2009 des Entwurf I lautet: „Ist von dem Erblasser zu einer Zeit, in welcher der Pflichttheilsberechtigte bereits vorhanden und entweder pflichttheilsberechtigt war oder in Folge des Wegfallens einer oder mehrerer Personen pflichttheilsberechtigt werden konnte, eine Schenkung an einen Anderen als den Pflichttheilsberechtigten gemacht, so hat der Erblasser den Pflichttheil so zu hinterlassen, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre.

Als bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden und zu dieser Zeit pflichttheilsberechtigt gilt auch der Abkömmling, welcher aus einer zur Zeit der Schenkung bereits geschlossenen formgültigen Ehe des Erblassers oder von einem zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Abkömmlinge des Erblassers abstammt."

Diese Bestimmungen enthielten ungerechtfertigte Beschränkungen, die dem Gemeinen Rechte fremd waren, und die auch durch die Motive V S. 458–459 nicht hinreichend begründet sind. Derjenige, welcher eine Schenkung macht, muss sich immer vergegenwärtigen, dass er noch sehr wohl in die Lage kommen kann, Pflichttheilsberechtigte zu erhalten, und aus diesem Grunde in seinen Schenkungen Maass halten.

Dagegen findet insofern eine Beschränkung des Anspruchs auf Ergänzung des Pflichttheils statt, als solche Schenkungen nicht mehr berücksichtigt werden, seit deren Leistung 10 Jahre bis zum Erbfalle verstrichen sind. Für den Fall, dass die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt ist, beginnt diese 10jährige Frist erst mit der Auflösung der Ehe. Der Entwurf I enthielt diese Beschränkung nicht. Die Protokolle zur 2. Lesung, S. 587 sagen, dass für die Aufnahme einer solchen Frist schon die billige Rücksicht auf den Beschenkten spreche, dessen Recht nicht zu lange im Schwebezustande gehalten werden dürfe. Während einer längeren Zwischenzeit zwischen der Schenkung und dem Tode des Erblassers hätten sowohl der letztere selbst, als auch seine pflichttheilsberechtigten Angehörigen sich in den durch die eingetretene Vermögensverminderung geschaffenen Zustand eingewöhnt und würden daher die auf eine weit zurückliegende Schenkung zurückzuführende Verringerung ihres Pflichttheils nicht als Schädigung empfinden. Ursprünglich sollte die Frist übrigens auf einen Zeitraum von 5 Jahren beschränkt sein. (Protok. für die 2. Lesung S. 581 ff.).

Der erste Entwurf wollte hauptsächlich deshalb von einer solchen Fristbestimmung absehen, weil, wenn noch eine zeitliche Schranke beigefügt würde, eine Ausnahme gemacht werden müsste in Ansehung solcher Schenkungen, welchen ein Dolus zu Grunde liege, dies wäre aber im Interesse der Praktikabilität des Rechts schwer ausführbar. (Mot. V S. 453).

Uns scheint die Setzung der 10jährigen Frist ganz gerechtfertigt, denn es wäre in der That sehr hart für den Beschenkten, wenn er sein ganzes Leben lang nicht sicher wäre vor den Ansprüchen der Pflichttheilsberechtigten.

Strohal möchte in der 1. Aufl. seines Erbrechts S. 100 hier einen Unterschied machen zwischen

solchen Pflichttheilsberechtigten, welche zur Zeit der Schenkung noch gar nicht vorhanden waren, und solchen, welche damals bereits existierten. Für Jene bedeute es eine besondere Gunst, dass ihnen solche Schenkungen an Dritte zu Statten kommen und dürfe ihnen daher die Gunst des Gesetzes nicht in allzu weitem Masse zu Theil werden. Dagegen seien die zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Pflichttheilsberechtigten schlechter gestellt, als ein Vertragserbe nach § 2287, welcher, wenn der Erblasser in der Absicht, ihn zu beeinträchtigen, einen Dritten beschenkt habe, nach Anfall der Erbschaft unter allen Umständen vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes fordern könne. Er findet dies „nicht besonders stylvoll." Diese Fälle sind aber doch ganz verschieden. Durch den Erbvertrag hat der Erblasser ausdrücklich die Verpflichtung übernommen, dem Vertragserben sein ganzes Vermögen zukommen zu lassen und dasselbe nicht durch Schenkungen an dritte Personen zu vermindern, er handelt, wenn er es dennoch thut, gegen die übernommene Verpflichtung und es ist daher mit Recht dem Vertragserben ein zeitlich unbeschränkter Anspruch gegen Denjenigen gegeben, dem der Erblasser arglistiger Weise geschenkt hat. Im Falle des § 2325 aber hat der Erblasser keine Verpflichtung übernommen, Schenkungen nicht vorzunehmen, es besteht nur eine moralische Pflicht für denselben, auch ist der Anspruch gegen den Beschenkten nur ein subsidiärer. Aus diesen Erwägungen rechtfertigt sich nach Küntzel (Gruchot's Beitr. z. Erläutg. des dtsch. Rechts, 6. Folge 41. Jahrgg. S. 814–815) die abweichende Gestaltung der Voraussetzungen beider Ansprüche. (S. auch Hellmann, Krit. Vjsschrift, Bd. 39 S. 234. Vgl. Strohal, Erbrecht 2. Aufl. S. 269.

Dass im Falle einer Schenkung an den Ehegatten die 10jährige Frist, nach deren Ablauf der Anspruch

auf Ergänzung nicht mehr geltend gemacht werden kann, erst mit Auflösung der Ehe beginnt, nicht schon vom Augenblicke der Schenkung an, ist völlig gerechtfertigt. Nach den Protok. der 2. Lesung S. 588 bleibt der verschenkte Gegenstand, so lange die Ehe besteht, thatsächlich gemeinschaftliches Vermögen und der Schenker hat während der Ehe auch nach der Schenkung den Genuss desselben thatsächlich nicht zu entbehren, es folgt ferner aus dem ehelichen Verhältniss, dass hier der Verdacht arglistigen Verhaltens besonders nahe liegt. (Vgl. auch Boehm 2. Aufl. S. 463).

§ 11.

Voraussetzungen des Anspruchs auf Ergänzung des Pflichttheils.

Nach § 2303 Abs. 1 a. E. besteht der Pflichttheil immer in der Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils, während er nach gemeinem Rechte nur $^1/_4$ oder $^1/_3$ der Intestaterbportion betrug. Die Motive V S. 388 sagen hierüber: „Die Festsetzung auf die Hälfte erscheint deshalb angemessen, weil der Pflichttheil nicht bedeutungslos werden, andererseits nicht so anschwellen soll, dass der Erblasser behindert wird, berechtigten Rücksichten bei der Theilung Rechnung zu tragen."

Nach § 2325 Abs. 1 müssen alle Schenkungen, welche der Erblasser bei Lebzeiten gemacht hat, dem Nachlasse zugerechnet werden. Erhält nun der Pflichttheilsberechtigte weniger als die Hälfte seines aus dem Bestande des Nachlasses und der Summe aller Schenkungen berechneten Erbtheils, so kann er den fehlenden Betrag als „Ergänzung des Pflichttheils" verlangen. (Schiffner S. 53).

Voraussetzung des Anspruchs auf Ergänzung ist unter allen Umständen, dass der Erblasser eine oder mehrere Schenkungen gemacht hat. Schenkung

ist nach § 516 „eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Theile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.“ Dagegen „liegt eine Schenkung dann nicht vor, wenn Jemand zum Vortheil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtniss ausschlägt.“ § 517. Nach den Motiven V S. 456 werden durch den Begriff „Schenkung“ getroffen sowohl das Schenkungsversprechen als die vollzogene Schenkung. Es könne keinen Unterschied machen, ob der Schenker die Schenkung unmittelbar vollzogen, oder eine Verpflichtung zur Leistung schenkungsweise übernommen habe und bedürfe es keiner besonderen Vorschrift darüber, wie es sich gestalte, wenn das von dem Erblasser gegebene Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt sei. Auch Schenkungen auf den Todesfall gehören hierher für den Fall, dass der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht (§ 2301 Abs. 2). Vgl. auch Mot. V S. 456. Dagegen finden auf Schenkungsversprechen auf den Todesfall die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen Anwendung (§ 2301 Abs. 1).

Nach gemeinem Recht dagegen wurden die donationes mortis causa, wie wir oben ausgeführt haben, einfach gestrichen, soweit durch sie der Pflichttheil beschränkt wurde, die querela inofficiosae donationis griff ihnen gegenüber niemals Platz.

Anderen Verfügungen unter Lebenden, welche der Erblasser macht und welche nicht unter den Begriff der Schenkung fallen, gegenüber, kann der Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils nicht geltend gemacht werden. Es werden also nicht von demselben ergriffen Leibrentenkäufe, Abfindungen für einen Erbverzicht und gewöhnliche Ausstattungen.

Nach § 1624 gilt, was einem Kinde von seinem Vater oder seiner Mutter mit Rücksicht auf seine Verheirathung oder auf die Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirthschaft oder der Lebensstellung als Ausstattung zugewandt wird, selbst für den Fall, dass hierzu eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Mass übersteigt. Dagegen wird man die von einem Anderen, als den Eltern gegebene Ausstattung wohl als Schenkung ansehen müssen, da für diesen zur Gewährung einer solchen keine Veranlassung vorliegt.

Unter Umständen können auch andere Zuwendungen unter Lebenden, wie Leibrentenkäufe und Erbabfindungen in Betracht kommen, soweit eben in ihnen eine Schenkung liegt. Bestimmte Vorschriften darüber, wann dies der Fall ist, lassen sich nicht machen und es kommt im Einzelfalle auf das richterliche Ermessen an. S. Mot. V S. 450, welche Leibrentenkäufe ganz ausscheiden wollen, von den Abfindungen für einen Erbverzicht aber sagen: „die Behandlung einer jeden solchen Abfindung als Schenkung würde viel zu weit führen. Damit würde jedes derartige Geschäft ins Schwanken gebracht und die praktische Bedeutung des Erbverzichts in einer Weise eingeengt, welche mit den Bedürfnissen des Lebens nicht im Einklange steht. Es muss hier der Prüfung des einzelnen Falles überlassen werden, ob ein mit Schenkung gemischtes Geschäft vorliegt oder nicht.“ (Wilke, Komm. § 2325 Note 4).

Dergleichen gemischte Geschäfte, in denen eine Schenkung enthalten sein kann (negotia mixta cum donatione) können auch Kauf-, Tausch- und andere Verträge sein, es ist dann jedesmal genau zu prüfen,

ob die Gegenleistung eine unverhältnissmässig niedrige ist. (Matthiass I § 112 III B.).

Vor Allem sind hierher auch Stiftungen unter Lebenden zu rechnen für den Fall, dass in denselben eine Schenkung enthalten ist. Wann dies der Fall ist, muss dem Ermessen des Richters überlassen bleiben. Vor Allem ist, wenn eine Schenkung vorliegen soll, ein freigebiges Vermögensopfer seitens des Stifters erforderlich. Dagegen kann, wenn dies nicht der Fall ist und die Stiftung lediglich gemacht wird, um eine Auflage oder Bedingung zu erfüllen, oder wenn das Vermögensopfer fehlt, von einer Schenkung nicht die Rede sein. (Matthias I § 34 I A 1 e; ders. II § 160 I A; Schiffner S. 48 Anm. 6; Schlossmann in Ihering's Jahrbuch für Dogmatik Bd. 27 S. 49 Anm. 63; Gierke, Genossenschaftstheorie Anm. 1; Gerber, Ihering's Jahrb. für Dogmatik Bd. 2 S. 359, 363; Bingner, sächs. Archiv Bd. 6 S. 19; Komm. v. Wilke, Reatz, Koffka, Neumann § 2325 Note 3).

In den Protokollen zur 2. Lesung war beantragt worden, die Vorschriften über die Ergänzung des Pflichttheils ausdrücklich auszudehnen auf den Fall, dass der Erblasser sein Vermögen durch die Errichtung einer Stiftung vermindert hat, doch wurde dieser Antrag schliesslich abgelehnt. (S. Prot. d. 2. Lsg. S. 596 bis 598).

Gewisse Schenkungen werden von dem Anspruche auf Ergänzung des Pflichttheils überhaupt nicht ergriffen, nämlich diejenigen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (§ 2330). Als solche Schenkungen sind anzusehen Geburtstags-, Weihnachts-, Hochzeitsgeschenke und dgl., nach den Mot. V S. 469 sind derartige Schenkungen nicht als reine Freigebigkeitsakte, sondern als die Erfüllung einer Art natürlicher Verbindlichkeit anzusehen. Uebrigens

werden sich derartige Schenkungen immer in mässigen Grenzen halten.

Reatz XX. Jur. Tg. S. 91 hält es für richtig, dass auf derartige Schenkungen die Vorschriften über den ausserordentlichen Pflichttheil insoweit keine Anwendung finden, als sie nicht anfechtbar sind, dagegen spricht er den Wunsch aus, dass sie behufs Berechnung des Pflichttheils in den Nachlass eingerechnet werden.

Besonderes bestimmt der § 2331 für den Fall, dass Schenkungen aus dem Gesammtgute einer Ehe gemacht werden, da es zweifelhaft sein kann, ob diese Schenkung, wenn sie vom Ehemann mit Zustimmung seiner Ehefrau gemacht wird, als Schenkung des Ehemannes allein, oder beider Ehegatten gelten soll. Nach § 2331 gilt eine Zuwendung, die aus dem Gesammtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnistgemeinschaft erfolgt, als von jedem Ehegatten zur Hälfte gemacht.

Falls jedoch die Zuwendung an einen Abkömmling, der nur von einem der Ehegatten abstammt, gemacht ist, oder an eine Person, von der nur einer der Ehegatten abstammt, oder wenn einer der Ehegatten wegen der Zuwendung zu dem Gesammtgute Ersatz zu leisten hat, gilt sie als von diesem Ehegatten gemacht. (Vgl. Mot. V S. 468 zu § 2017; Böhm, Erbrecht 2. Aufl. S. 470). Nach § 2331 Abs. 2 finden diese Vorschriften Anwendung auf eine Zuwendung aus dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Für die Berechnung ist in § 2325 Abs. 1 bestimmt, dass eine verbrauchbare Sache mit dem Werth in Ansatz kommt, den sie zur Zeit der Schenkung hatte, während andere Sachen mit dem Werthe in Ansatz kommen, den sie zur Zeit des Erbfalls haben, und

wenn sie zur Zeit der Schenkung einen geringeren Werth hatten, nur mit diesem geringeren Werthe.

Gegen die besondere Vorschrift hinsichtlich der verbrauchbaren Sachen wendet sich Brettner (Archiv für brgl. Recht Bd. 5 S. 75), nach seiner Ansicht liegt für dieselbe kein Bedürfniss vor. Nach Hellmann, Krit. Vjsschr. Bd. 39 S. 235 findet die Vorschrift, dass verschenkte unverbrauchbare Sachen mit dem Werthe zur Zeit des Erbfalls berechnet werden, selbst wenn der Beschenkte ihren Werth absichtlich vermindert hat, darin ihre Erklärung, dass sich der Pflichttheilsberechtigte auch dann eine Werthminderung gefallen lassen müsste, wenn der Erblasser nicht geschenkt, sondern verschlechtert hätte.

Strohal wirft in der 1. Aufl. seines Erbrechts S. 101 die Frage auf, ob der Werth des geschenkten unverbrauchbaren Gegenstandes auch dann nach dem Zeitpunkt des Erbfalls in Ansatz kommt, wenn sich der Gegenstand selbst überhaupt nicht mehr im Vermögen findet, statt dessen aber vielleicht ein Aequivalent? In der 2. Aufl. S. 269, 270, vertritt Strohal die Ansicht, dass diese Frage mit grosser Vorsicht, nicht schematisch, sondern nur auf Grund freier Beurtheilung der Sachlage zu beantworten sei. Nach Matthiass II S. 515 Note 1 ist auch hier die Zeit des Erbfalles massgebend. Derselben Ansicht, welche auch wir theilen, ist Schiffner S. 53 Note 33. Vgl. hierüber Küntzel, Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des dtsch. Rechts S. 816–817.

Nach § 2326 kann der Pflichttheilsberechtigte die Ergänzung des Pflichttheils auch dann verlangen, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils hinterlassen ist, und ist ihm mehr als die Hälfte hinterlassen, so ist der Anspruch ausgeschlossen, so weit der Werth des mehr Hinterlassenen reicht. Eigentlich versteht sich dies von selbst und hätte gar nicht erst ausdrücklich ausgesprochen zu werden

brauchen (s. auch Schiffner S. 53). Nach Strohal 2. Aufl. S. 270, 4 können sich hier in den Fällen der §§ 2306, 2307 Schwierigkeiten ergeben, von denen nicht abzusehen sei, wie sie auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes befriedigend erledigt werden sollen. Z. B. dem Pflichttheilsberechtigten ist ein Erbtheil hinterlassen, welches grösser ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, aber mit Beschränkungen oder Beschwerungen, oder derselbe ist mit einem Vermächtniss bedacht, welches mehr werth ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, aber gleichfalls mit Beschränkungen oder Beschwerungen belegt ist und es wird ihm erst, nachdem er das Hinterlassene bereits angenommen, bekannt, dass wegen einer vom Erblasser an einen Dritten gemachten Schenkung eine Ergänzung des Pflichttheils in Frage kommt. Hier wirft Strohal die Frage auf, mit welchem Werthe der angenommene Erbtheil bezw. das Vermächtniss zum Zwecke der Berechnung der Ergänzung in Ansatz zu bringen sei? Nach dem Gesetze müssten die Beschränkungen und Beschwerungen ausser Kraft bleiben und dem Pflichttheilsberechtigten der so ermittelte Betrag voll angerechnet werden. Strohal findet diese Entscheidung dann ganz unbillig, wenn der Pflichttheilsberechtigte zur Zeit der von ihm zu Gunsten der Annahme des ihm Zugewendeten gefassten Entschliessung nur den ordentlichen Pflichttheil, rücksichtlich dessen er sich ungeachtet der Beschränkungen und Beschwerungen gedeckt sah, in Rechnung gezogen, aber keine Ahnung davon gehabt habe, dass ihm auch noch ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils zustehe. Er sieht 1. Aufl. S. 102 Anm. 2, 2. Aufl. S. 271, 272 einen Weg zur Abhilfe darin, dass dem Pflichttheilsberechtigten gestattet werde, die Annahme der ihm gemachten Zuwendung anzufechten, oder doch wenigstens in Ansehung der Pflichttheilsergänzung für alle Be-

theiligten praktisch dasselbe Resultat hergestellt werde, das im Falle der Ausschlagung des vom Pflichttheilsberechtigten gemachten Erwerbes sich ergeben haben würde.

Auch wenn der Pflichttheilsberechtigte alleiniger Erbe sei und ihm nach § 2329 S. 2 das Recht auf Ergänzung zustehe, ergeben sich gleiche Schwierigkeiten, wenn ihm Beschränkungen und Beschwerungen auferlegt seien und erst nach der definitiven Annahme sich herausstellte, dass der Erblasser einem Dritten eine erhebliche Schenkung gemacht habe. Nach den Motiven V S. 466 stehe in diesem Falle der Pflichttheilsberechsigte vor der Wahl, die Erbschaft auszuschlagen oder anzunehmen. Schlage er aus, so sei er in der Geltendmachung des Pflichttheilsanspruchs einschliesslich der Erhöhung durch den ausserordentlichen Pflichttheil unbeschränkt, nehme er an, so habe er sich die Erbschaft auf den Pflichttheil so anrechnen zu lassen, als sei die Belastung mit Vermächtnissen nicht vorhanden, daher könne er gegen den Beschenkten nur dann und nur insoweit vorgehen, als auch, abgesehen von den Vermächtnissen, für ihn eine Benachtheiligung eingetreten sei.

Hier, meint Strohal, sei aber doch auch wieder nur an den Fall gedacht, dass der Pflichttheilsberechtigte sich bei Annahme der Erbschaft bereits darüber klar gewesen sei, dass ihm wegen der gemachten Schenkung eine Ergänzung des Pflichttheils gebühre und die Möglichkeit übersehen, dass die vom Erblasser vorgenommene Schenkung dem Pflichttheilsberechtigten erst hinterher bekannt werde. (Strohal 2. Aufl. S. 272—273). Küntzel a. a. O. S. 816 wendet sich gegen die Strohal'schen Ausführungen, er kann nicht zugeben, dass die Lösung der von Strohal hervorgehobenen Zweifel vorkommenden Falles der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten und eine Deklaration des Gesetzes nöthig machen werde.

Auch Hellmann, a. a. O. S. 235 sagt, dass ihm die von Strohal angenommenen Schwierigkeiten, die derselbe durch die Mittel des Gesetzes für nicht lösbar halte, nicht zu bestehen scheinen. Dagegen bestehe ein Bedenken darin, dass, wenn der Alleinerbe pflichttheilsberechtigt ist, die Erbschaft aber dermassen belastet ist, dass ihr Werth dem Werthe der Hälfte des reinen gesetzlichen Erbtheils nicht gleichkommt, und der Pflichttheilsberechtigte ausschlägt, allemal der Beschenkte allein zu kurz komme, nicht auch der Vermächtnissnehmer. Vgl. Schiffner S. 55 Anm. 47.

§ 12.

Verpflichtete Personen und Anspruch des Pflichttheilsberechtigten.

Es sind hier zwei verschiedene Fälle zu betrachten, je nachdem die Schenkung an dritte Personen erfolgt ist, oder an den Pflichttheilsberechtigten selbst.

A. Die Schenkung ist an dritte Personen erfolgt.

Der Anspruch des Pflichttheilsberechtigten auf Ergänzung des Pflichttheils geht, wie wir oben gesehen, in erster Linie gegen den Erben als solchen, und erst subsidiär, für den Fall, dass der Erbe zur Ergänzung nicht verpflichtet ist, gegen den Beschenkten.

Das neue Bürgerliche Recht geht (Motive V S. 454, 456) hierbei, im Anschlusse an den Code Civil, von der Auffassung aus, dass das Recht des Pflichttheilsberechtigten sich zunächst gegen Denjenigen richte, welcher für den regelmässigen Pflichttheilsanspruch haftet, gegen den Beschenkten erst dann, wenn ein in erster Reihe Haftender fehlt, während nach gemeinem Recht der durch eine Schenkung des Erblassers unter Lebenden verletzte Pflichttheils-

berechtigte sich bei der querela inofficiosae donationis stets an den Beschenkten hielt.

Dass der Erbe vor dem Beschenkten haftet, ist sehr gerechtfertigt, denn er erleidet dadurch, dass er in erster Linie dem Pflichttheilsberechtigten für die durch die Schenkung erfolgte Verletzung seines Pflichttheils zu haften hat, ja keinen eigentlichen Vermögensverlust, weil dasjenige, was ihm nun als Erbtheil zugefallen ist, bis dahin ja eigentlich noch gar nicht zu seinem Vermögen gehörte, in Folge dessen hatte er auch bisher noch gar nicht seine ganze Lebensverhältnisse auf die Erbschaft gebaut (cf. Reatz, Verh. 20. Dtsch. Jur. Tag S. 83), während dagegen das Verhältniss für den Beschenkten ein völlig anderes ist, für denselben liegt ein tiefer Eingriff in wohl erworbene Rechte vor, ihn trifft der Verlust daher auch weit schwerer, als den Erben. Es ist in Folge dessen auch ganz gerechtfertigt, dass die Haftung des Erben der des Beschenkten vorgeht (cf. Kipp, Verh. Dtsch. Jur. Tag S. 100; v. Thur, ebenda S. 112).

Die Motive V S. 454 sagen, die letztwillige Zuwendung sei ebenso ein Akt der Freigebigkeit, wie die zuvor gemachte Schenkung. Da ohne die letztwillige Zuwendung die Schenkung unberührt geblieben wäre, so müsse zunächst das letztwillig Zugewendete zur Gewährung oder Ergänzung des Pflichttheils dienen. Dies trete klar hervor, wenn der Erblasser einen extraneus zum Erben eingesetzt habe, der doch nicht besser gestellt sein könne, als der Beschenkte, aber dasselbe müsse auch gelten, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe auf Kosten des Pflichttheilsberechtigten begünstigt worden sei. Der Einwand, die Schenkung sei von Anfang an mit einer Schwäche behaftet gewesen, welche sie als entkräftbar erscheinen lasse, von der völlig gültigen letztwilligen Zuwendung gelte nicht das Gleiche, könne nicht als zutreffend

anerkannt werden. Der Zweck des Grundsatzes, zu verhüten, dass der Pflichttheilsberechtigte durch Schenkungen unter Lebenden benachtheiligt werde, trüge nicht weiter, als das Schenkungen soweit ökonomisch rückgängig gemacht würden, als der Nachlass beim Tode des Erblassers nicht hinreiche, dem Pflichttheilsberechtigten das ihm Gebührende zu gewähren. Habe der Erblasser durch willkürliche Anordnungen den Nachlass zum Nachtheile der Pflichttheilsberechtigten gemindert, so müssten auch diese Anordnungen zunächst fallen und es sei als Regel davon auszugehen, dass der durch eine Erbeinsetzung benachtheiligte Pflichttheilsberechtigte sich zunächst an den eingesetzten Erben, welcher auch sonst für den Pflichttheil hafte, zu halten habe, und erst im Nothfalle an den Beschenkten." Mit diesen Ausführungen der Motive erklären wir uns völlig einverstanden. Gegen dieselben wendet sich Reatz (cf. Verh. 20. Dtsch. Jur. Tag S. 89). Er sagt, nach dem Principe, wonach der Erblasser die Hälfte des während seines Lebens angesammelten Vermögens seinen Pflichttheilsberechtigten hinterlassen müsse, folge die völlige Gleichstellung der Beschenkten und des Erben in Bezug auf die Haftbarkeit auf den ausserordentlichen Pflichttheil und es sei völlig gleichgültig, ob der Erblasser den Pflichttheil durch Schenkungen unter Lebenden oder durch letztwillige Verfügung verletze. Diese Gleichstellung werde von den Motiven auch mit den Worten anerkannt: „die letztwillige Zuwendung ist ebenso ein Act der Freigebigkeit, wie die zuvor gemachte Schenkung" und: „die vom Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen Bedachten können nicht besser gestellt sein, als die von ihm bei Lebzeiten Beschenkten." Wenn nun die Motive trotzdem den durch letztwillige Verfügung Bedachten vor dem Beschenkten haften liessen, so gäben sie keinen zutreffenden Grund für

diese Abweichungen vom Principe an. Wenn sie sagten: „Da ohne die letztwillige Verfügung die Schenkung unberührt geblieben wäre, so muss zunächst die letztwillige Zuwendung zur Gewährung oder Ergänzung des Pflichttheils dienen", so könne man mit demselben Rechte sagen: „Da ohne die Schenkung die letztwillige Verfügung nicht berührt würde, so muss zunächst die Schenkung zur Gewährung und Ergänzung des Pflichttheils dienen." Die Schenkungen seien ebenso wie die letztwilligen, den Pflichttheil verkürzenden Verfügungen zu Gunsten des eingesetzten Erben willkürliche Anordnungen zum Nachtheil des Pflichttheilsberechtigten. Die Motive schienen nur den Fall im Auge zu haben, dass die letztwillige Verfügung auch der Zeit nach die letzte sei; das werde aber nicht stets der Fall sein. Denn wenn Jemand zunächst ein Testament errichte, durch dessen Erbeinsetzung der Pflichttheil nicht verletzt sei, und erst nachträglich Schenkungen vornähme, verletze er eben gerade durch deren Vornahme den Pflichttheil.

Dabei vergisst Reatz aber ganz, dass die testamentarische Verfügung noch kein festes Recht auf den Erbtheil giebt, da sie vom Erblasser bis zu seinem Tode zu jeder Zeit frei widerrufen werden kann, der eingesetzte Erbe also erst mit diesem Zeitpunkte ein festes Recht auf den Erbtheil erlangt, wogegen der Beschenkte sofort mit Vornahme der Schenkung ein festes Recht auf das Geschenkte erhält. (Cf. v. Thur, Verh. 21. Dtsch. Jur. Tag S. 112).

Reatz kommt dann zu dem Schlusse, dass die Haftung für den Pflichttheil vertheilt werden müsse und zwar will er sowohl den Erben, als auch sämmtliche Beschenkte, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Schenkung, gleichmässig pro rata haften lassen. (Vgl. Verh. 20. Dtsch. Jur. Tag S. 87 ff., 21. Jur. Tag S. 115, 116).

Nach dem § 2013 des Entwurfs I hatte der Erbe für die Befriedigung des Anspruches auf den ausserordentlichen Pflichttheil nur in Ansehung desjenigen ihm angefallenen Erbtheiles zu haften, welchen er in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers über die Erbfolge nicht erhalten haben würde, oder in Folge der den Pflichttheilsanspruch begründenden Ausschlagung der Erbschaft von Seiten eines Pflichttheilsberechtigten erhalten hat, wobei mehrere Erben nach Verhältniss der Erbtheile haften, in Ansehung deren sie verpflichtet sind. (Vgl. Motive V S. 463 und 464).

Der gesetzliche Erbe kann nach dem Entwurfe I also verlangen, dass ihm sein gesetzlicher Erbtheil ungeschmälert verbleibt. Für den Fall, dass der Erblasser einen der gesetzlichen Erben ausgeschlossen und in Folge dessen mittelbar oder auch ausdrücklich die Erbtheile der anderen gesetzlichen Erben erhöht, haben Diejenigen, welche Erben bleiben, dem durch die Schenkung beeinträchtigten Pflichttheilsberechtigten mit dem Betrage zu haften, um welchen ihre Erbtheile durch die Ausschliessung des einen Erben erhöht sind, und ist es völlig gleichgültig, ob der letztere vom Erblasser mit Recht oder mit Unrecht ausgeschlossen ist, von ihrem ursprünglichen gesetzlichen Erbtheile aber brauchen sie nichts herauszugeben. (Mot. V S. 464).

Diese Beschränkung der Haftung des Erben hat das Gesetz mit Recht nicht beibehalten. Die Protokolle der Commission für die 2. Lesung bemerken hierüber auf S. 590, man sei der Meinung gewesen, dass nicht nur Zweckmässigkeitsrücksichten, sondern auch der innere Grund, dass der Beschenkte stets dem Erben vorgehen müsse, welcher nicht selbst pflichtberechtigt sei, dafür sprächen, die im Entwurfe aufgestellten Beschränkungen der Haftung des Erben fallen zu lassen und diese Haftung bezüglich des

ausserordentlichen Pflichttheils nicht anders zu gestalten, wie für den ordentlichen Pflichttheil.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 2328, dass der Erbe, der selbst nicht pflichttheilsberechtigt ist, die Ergänzung des Pflichttheils soweit verweigern kann, dass ihm sein eigener Pflichttheil mit Einschluss dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichttheils gebühren würde.

Um den Unterschied dieser Bestimmungen mit dem § 2013 des Entwurfs I klar zu stellen, möge folgendes Beispiel dienen: Der Erblasser hat bei Lebzeiten 10,000 verschenkt, bei seinem Tode beträgt der Nachlass 20,000. Er hinterlässt 2 Söhne, A und B, dem A weist er im Testamente nichts zu, sondern setzt seinen Sohn B und einen extraneus C je zur Hälfte als Erben ein, so dass jeder von ihnen 10,000 erhält. Der A hat nun einen Anspruch auf den vierten Theil von (20,000 + 10,000), also auf 7500. Nach dem Entwurfe kann A diese 7500 nur von dem extraneus C fordern, da B nicht mehr erhalten hat, als seinen gesetzlichen Erbtheil. Nach dem § 2328 des geltenden Rechts dagegen muss A 2500 von B fordern und C braucht nur 7500 herauszugeben.

Nach Strohal, Erbrecht 1. Aufl. S. 103—104, 2. Aufl. S. 274 führt unter Umständen die Bestimmung des § 2328 zu ungerechten Entscheidungen. Er führt zum Beweise für diese Behauptung folgendes Beispiel an: Der Erblasser hat bei Lebzeiten 40000 verschenkt, der Nachlass beträgt 20000. Von den Söhnen des Erblassers A und B ist der A zum Alleinerben eingesetzt, der B dagegen übergangen. Der Pflichttheil des B nebst der Ergänzung desselben beträgt $\frac{40000 + 20000}{4} = 15000$. Er kann nun wegen 5000 sich an seinen Bruder A halten, wegen der übrigen ihm zukommenden 10000 dagegen kann er nun den Beschenkten belangen und hat daher auch die

Konsequenzen der Zahlungsunfähigkeit desselben zu tragen. Strohal findet es der Gerechtigkeit entsprechend, dass mehrere Pflichttheilsberechtigte bezüglich der Deckung ihrer Pflichttheile gleich gestellt werden, so dass A an B 10000 herauszugeben und sich jeder der beiden Pflichttheilsberechtigten wegen des Restes von 5000 an den Beschenkten zu halten hätte.

Gegen Strohal's Ausführungen wendet sich Küntzel a. a. O. S. 817 - 818, welcher meint, dass Strohal's Auffassung auf eine Beschränkung des Verfügungsrechts des Erblassers hinauslaufe. Ein Erblasser, der mehrere Kinder habe, wäre dann gar nicht in der Lage, dem einen Kinde gegenüber durch Zuwendung des Pflichttheils seine gesetzliche Pflicht zu erfüllen, wenn er nicht auch die übrigen in gleicher Weise bedenke. Konsequent würde der Gedanke zu dem Satze führen, dass, wenn ein Schuldner mehrere Gläubiger habe und den einen von ihnen befriedige, die anderen Gläubiger beanspruchen könnten, dass jener das Empfangene mit ihnen theile. Mit dieser Ansicht geht Küntzel übrigens wohl etwas zu weit.

Auch Hellmann (a. a. O. S. 236 unten) meint, dass die angeführte ungleiche Behandlung zweier in gleichem Masse Pflichttheilsberechtigter zwar nicht zu leugnen sei, aber praktisch kaum schwer ins Gewicht fallen dürfte und sich im Hinblick auf das Wort „beatus possidens" auch rechtfertigen lasse.

Auch wir billigen den Standpunkt des bürgerlichen Rechts vollkommen. Es würde Unrecht sein von einem Erben, der nicht mehr als das, was er unter allen Umständen als Erbtheil beanspruchen kann, erhalten hat, zu verlangen, dass er den anderen Pflichttheilsberechtigten noch davon etwas abgebe. (Vgl. auch Endemann, Einführung S. 611 Note 24).

Erst in zweiter Linie steht dem durch die Schenkung des Erblassers bei Lebzeiten geschädigten Pflichttheilsberechtigten ein Anspruch gegen den Beschenkten zu, nämlich in dem Falle, wenn der in erster Linie verpflichtete Erbe zur Ergänzung des Pflichttheils nicht verpflichtet ist. Es kann dann nämlich der Pflichttheilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrages nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Dies Recht steht dem Pflichttheilsberechtigten zu, wenn er der alleinige Erbe ist (§ 2329 Abs. 1) und der Betrag des Nachlasses geringer ist als die bei Lebzeiten gemachten Schenkungen, also nicht die Hälfte des nach § 2325 Abs. 1 ergänzten Nachlasses erreicht (Matthiass II § 160 II d. 1; Strohal 2. Aufl. S. 272 ff.).

Weiter steht dem Pflichttheilsberechtigten der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkten zu, wenn der Erbe zur Ergänzung aus dem Grunde nicht verpflichtet ist, weil er selbst pflichttheilsberechtigt ist und nicht mehr, als seinen Pflichttheil erhalten hat, (Matthiass II § 160 II d. 2; Strohal 2. Aufl. S. 274), sowie endlich dann, wenn der Erbe nach den seine Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten regelnden Grundsätzen zur Ergänzung des Pflichttheils nicht verpflichtet ist, d. h. wenn der Erbe in Folge des ihm zustehenden Inventarrechts nicht haftet, der Nachlass also zur Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten nicht hinreicht. (Motive V S. 167). Wenn der Erbe unbeschränkt haftbar ist, besteht kein Anspruch gegen den Beschenkten und trifft dann die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Erben den Pflichttheilsberechtigten. (Matthiass II § 160 II d. 3; Strohal 2. Aufl. S. 275; Wilke, Komm. § 2329 Note 1; Endemann, Einführung S. 613 f.)

Im Gegensatze zum Anspruche auf Ergänzung, welcher ein Geldanspruch ist, liegt hier ein Anfechtungsrecht vor, die Motive V S. 467 unten sprechen von einem Herausgabeanspruch. (S. hierüber Matthiass 3. Aufl. II S. 516; Endemann, Verh. 20. Dtsch. Jur. Tag S. 68 ff.; Reatz ebenda S. 74 ff.; Protok. der Kommission für die 2. Lesung S. 593; Schiffner, Pflichttheil etc. S. 56 Anm. 49; Enneccerus u. Lehmann, Einführung in d. Bgl. Gesbch. II S. 636; Wilke, Komm. § 2325 Note 5). Dem Beschenkten steht aber das Recht zu (facultas alternativa), die Herausgabe des Geschenks durch Zahlung des fehlenden Betrages abzuwenden (§ 2329 Abs. 2). Der Entwurf I (§ 2016) hatte dem Beschenkten dies Recht nicht eingeräumt.

Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes regelt sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, § 812 ff.; vor Allem nach § 818. (Vgl. Pelargus, Das Erbrecht § 131). Der Beschenkte ist verpflichtet zur Herausgabe des geschenkten Gegenstandes mit seinen Nutzungen und allem, was er auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des geschenkten Gegenstandes erlangt hat. Ist er wegen der Beschaffenheit des Geschenkes oder aus einem anderen Grunde nicht im Stande, dasselbe herauszugeben, so muss er den Werth desselben ersetzen.

Soweit der Beschenkte nicht mehr bereichert ist, fällt seine Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Werthes des Geschenkes fort.

Vom Eintritte der Rechtshängigkeit haftet der Beschenkte nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. er geräth in Verzug und muss 4 % Verzugszinsen zahlen und für jedes Verschulden einstehen. Hat der Beschenkte die Absicht des Erblassers, durch die Schenkung ein Pflichttheilsrecht zu verletzen,

schon beim Empfange des Geschenkes gekannt oder dieselbe später erfahren, so treten die genannten Folgen bereits mit dem Empfange oder von der Kenntniss an ein (§ 819, vgl. Pelargus a. a. O. § 131 I 4).

Ist mehreren hintereinander eine Schenkung gemacht, so haftet der früher Beschenkte nur, soweit der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (§ 2329 Abs. 3), also soweit derselbe nicht oder nicht mehr bereichert ist. Ob der später Beschenkte zahlungsfähig ist oder nicht, ist gleichgültig, es kommt nicht auf seine Leistungsfähigkeit an, sondern auf seine Leistungspflicht (Schiffner a. a. O. S. 56 Anm. 53; vgl. Motive V S. 64, 467; Matthiass, Lehrb. 3. Aufl. II S. 516; Protok. Komm. 2. Lesg. S. 595; Strohal 2. Aufl. S. 276; Wilke, Komm. § 2329 Note 6). Nicht einverstanden mit dieser Bestimmung ist Gierke (Entwurf S. 545). Auch die Anträge auf dem 21. Dtsch. Jur. Tag von Kipp S. 105 und von v. Thur S. 106 sprachen sich im entgegengesetzten Sinne aus. Nach Kipp soll der früher Beschenkte für die Insolvenz des später Beschenkten haften, während nach dem Antrage von v. Thur „die Haftung des früher Beschenkten nicht ausgeschlossen wird durch die Verpflichtung des später Beschenkten, sondern durch die Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten seitens des später Beschenkten."

B. Der Pflichttheilsberechtigte hat selbst eine Schenkung empfangen.

Der § 2327 Abs. 1 giebt Vorschriften für den Fall, dass der Pflichttheilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten hat. Und zwar muss man hier zwei verschiedene Fälle unterscheiden:

Der eine ist der, wo der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten ein Geschenk mit der ausdrücklichen Bestimmung gemacht hat, dass es ihm auf

seinen Pflichttheil angerechnet werden soll. Dasselbe ist nach § 2327 Satz 2 bezw. § 2315 auf den Gesammtbetrag des Pflichttheils und der Ergänzung anzurechnen (Matthiass 2. Aufl. S. 516 B. a.).

In dem anderen Falle dagegen, wo der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten geschenkt hat, ohne die Anrechnung des Geschenks auf den Pflichttheil anzuordnen, ist das Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlasse hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichttheilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen (§ 2327 Satz 1). (Vgl. Beispiele bei Cosack § 415 II, bei Enneccerus u. Lehmann, Einführung S. 637).

Natürlich hat diese Bestimmung Bedeutung nur für den Fall, wo neben dem beschenkten Pflichttheilsberechtigten noch ein Dritter eine Schenkung erhalten hat und der Pflichttheilsberechtigte nun seinen Anspruch auf Ergänzung geltend macht, und wenn mehrere Pflichttheilsberechtigte vorhanden sind (Matthiass, Lehrbuch 3. Aufl. II § 160 S. 517; Böhm, Erbrecht 2. Aufl. S. 468; Wilke, Komm. § 2327 Note 1).

Strohal findet diese Bestimmung in der 1. Auflage seines Erbrechts S. 106 fehlerhaft, in der 2. Aufl. S. 277 nennt er sie auffallend, und zwar aus dem Grunde, weil das dem Pflichttheilsberechtigten selbst, ohne Anordnung der Anrechnung, gemachte Geschenk nicht auf den Pflichttheil überhaupt, sondern nur auf die Ergänzung angerechnet werden soll; durch die Vorschrift, dass das vom Pflichttheilsberechtigten selbst erhaltene Geschenk immer auf den Pflichttheil überhaupt und nicht blos auf die Ergänzung anzurechnen sei, hätte sich der Fehler vermeiden lassen, eine solche Lösung wäre aber nur in Verbindung mit einer grundsätzlichen Aenderung des in den §§ 2315, 2316 eingenommenen Standpunktes möglich gewesen.

Strohal führt zur Begründung seiner Ansicht zwei Beispiele an:

a. Der Erblasser hat bei Lebzeiten 40000 an seinen Sohn geschenkt und hinterlässt 20000. Er setzt den extraneus T zum Alleinerben ein. Nun kann trotz der erhaltenen 40000 A von T 10000 als ordentlichen Pflichttheil nach § 2327 verlangen. Hätte der Erblasser aber, anstatt den T zum Erben einzusetzen, die 20000 bei Lebzeiten an diesen verschenkt, so brauchte T an A Nichts herauszugeben, weil das Geschenk, das A empfangen hat, grösser ist, als die Pflichttheilsergänzung. Hier hat Strohal freilich übersehen, worauf Hellmann (a. a. O. S. 237) aufmerksam macht, dass, wenn T nicht zum Erben eingesetzt wäre, die gesetzliche Erbfolge eingetreten und A Erbe geworden wäre, er also aus diesem Grunde keinen Anspruch auf den ordentlichen Pflichttheil gehabt hätte.

b. In dem anderen Beispiel beläuft sich der Nachlass auf 20000. Der Erblasser hat seinen Sohn A zum Alleinerben eingesetzt, den anderen Sohn B übergangen, weil er ihm schon bei Lebzeiten 40000 geschenkt hat. Nun kann A von B trotz der grossen Schenkung noch 5000 als ordentlichen Pflichttheil verlangen. Hätte der Vater aber dem B den Rest seines Vermögens geschenkt, statt ihn zum Erben einzusetzen, so hätte A keinen Anspruch mehr, selbst wenn die Schenkung an B 120000 betragen hätte, da A mit den ihm geschenkten 40000 seinen Pflichttheil nebst Ergänzung desselben gehabt hätte.

Gegen Strohal's Ausführungen wendet sich Küntzel (a. a. O. S. 819). Das Ergebniss erscheine nicht auffallend, da der Erblasser in der Verfügungsfreiheit über sein Vermögen bei Lebzeiten minder beschränkt sei, als über seinen Nachlass und schliessen wir uns dieser Auffassung völlig an. (Vgl. auch Endemann, Einführung S. 612 Note 29).

Der Absatz 2 des § 2327 bestimmt, dass wenn der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, die Vorschrift des § 2051 entsprechende Anwendung findet, d. h. derselbe muss sich auch diejenigen Schenkungen anrechnen lassen, welche ein anderer Abkömmling des Erblassers, an dessen Stelle er getreten ist, erhalten hat, ohne Unterschied, ob er den vorstehenden beschenkten Abkömmling beerbt hat oder nicht, auch wenn er zur Zeit des Erbfalles der einzige Abkömmling des Erblassers ist. (Matthiass, Lehrbuch 3. Aufl. II § 160 S. 517; Schiffner, Pflichttheil etc. S. 54; Böhm, Erbrecht 2. Aufl. S. 469.

Strohal findet in seinem Erbrecht, 1. Aufl. S. 106 f. diese Vorschrift kaum hinreichend durchdacht, ohne aber diese Ansicht näher zu begründen. Gegen ihn wenden sich Küntzel (a. a. O. S. 819—821 und Hellmann (a. a. O. S. 239). Vgl. hierüber auch die Motive V S. 463, 469; Strohal, Erbrecht 2. Aufl. S. 278 f.

Nach unserer Ansicht ist diese Vorschrift durchaus gerechtfertigt, es entspricht der Billigkeit, dass dem betreffenden Abkömmling dasjenige angerechnet wird, was derjenige Abkömmling, an dessen Stelle er tritt, erhalten hat.

Der Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Pflichttheilsberechtigte Kenntniss von dem Eintritte des Erbfalles und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung (der Schenkung) erlangt, spätestens aber in 30 Jahren vom Eintritt des Erbfalls an (§ 2332 Abs. 1).

Dagegen verjährt der Anspruch, welcher dem Pflichttheilsberechtigten gegen den Beschenkten auf Herausgabe des Geschenks zusteht, bereits in 3 Jahren von dem Eintritte des Erbfalles an (§ 2332 Abs. 2).